الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي

محاضرات في الفقه المقارن

دار الفكر
دمشق - سورية

دار الفكر المعاصر
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

محاضرات

في الفقه المقارن

الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي

محاضرات في الفقه المقارن

مع مقدمة في بيان أسباب اختلاف الفقهاء
وأهمية دراسة الفقه المقارن

دار الفكر
دمشق - سورية

دار الفكر المعاصر
بيروت - لبنان

الكتاب ٢٦٣
تصوير ١٩٩٣ م
عن الطبعة الثانية ١٤٠١ هـ = ١٩٨١ م
ط ١ ١٣٩٠ هـ = ١٩٧٠ م

سورية - دمشق - برامكة مقابل مركز الانطلاق الموحد - ص.ب (٩٦٢)
برقياً: فكر، س.ت ٢٧٥٤ هاتف ٢٢٩٧١٧ ، ٢١١١٦٦ - تلكس FKR 411745 Sy

الصف التصويري: دار الفكر بدمشق
الطباعة (أوفست): المطبعة العلمية بدمشق

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله حمداً يوافي نعمه ويكافيء مزيده سبحانك اللهم لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك .

والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه أجمعين .

تمهيد

أوّلاً :

فائدة دراسة الفقه المقارن

إن « الفقه المقارن » من المقررات الأساسية الهامة في كلية الشريعة بجامعة دمشق ، فهو يعتبر عمدة لا بد منها في ادراك قيمة الفقه الاسلامي ، ومدى ارتباطه بمصادره المتفرع عنها ، وهي : الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، كما يوضح المعنى الديني الذي يقوم عليه الفقه الاسلامي ويتميز به عن القوانين الأخرى .

ثم هو السبيل الوحيد الذي يقف الطالب منه على أهمية وضرورة فهم أصول الفقه ودراسته ، للقدرة على استنباط الأحكام من الكتاب والسنة . وهو السبيل الذي يكشف عن مدى الحاجة التي يحتاجها الفقيه والمجتهد الى الدراسات العربية المختلفة ، والى معرفة أسباب النزول ، وعلم الناسخ والمنسوخ ، والحديث ومصطلحه ، والرواية ورجالها ، كما يكشف عن موقع كل منها من عملية الاجتهاد أو الاستنباط .

ثم هو الطريق الى تقدير المذاهب الأربعة حق قدرها ، والاقتناع بأن جميع المسائل الظنية من أمور الفقه ، خاضعة للخلاف والنزاع ، فلا

مطمع في رفعهـــا الى مستوى اليقين والقطع ، ومن ثم فلا مطمع في القضاء على الخلاف ولا سبيل إلى ما يسمى بتوحيد المذاهب وضفرها في مذهب شامل واحد .

ودراسة « الفقه المقارن » هي السبيل الوحيد أيضاً إلى أن يلتزم الجاهل حـده ولا يتعدى طوره ، فيزعم أن في مقدوره أن ينسخ علم الشافعي وأبي حنيفة وغيرهما ، بعلمه . . وأن من السهل اليسير عليـه أن يسمع تحقيقات الأئمة في مسألة ما ، بحديثين يحفظها ثم يوردهما فيقذف بها كلام الأئمة فيدمغه فإذا هو زاهق . . . فإن هذا الجاهل إذا وقف على كيفية استنباط الأئمة للمسألة من مصادرها ، ولمس دقة النظر والبحث والتحقيق فيها ، وشاهد كيفية المناقشة وإيراد الأدلة وردّها ، والكشف عن دخائلها — صحا إلى جهله وغروره ، وأقلع عن تلك العصي التي كان يأبى إلا أن يركبها ثم يركضها من تحته ليسابق بها الخيول .

ودراسة « الفقه المقارن » هي السبيل الوحيد في الوقت ذاته ، إلى معرفة سبيل البحث والاستنباط والاجتهاد ، وذلك بالنسبة لمن أنفق على نفسه جهداً حقيقياً من الدرس والبحث والتعلم ، حتى تهيأت لديه مـادة الاستنباط ومقوماتها ، فأصبح مستطيعاً للبحث بملكته وفقهه وعلمه ، لا بغيره من الكتب والمراجع أو حتى مجرد المحفوظات .

★ ★ ★

فهذه جوانب معدودة لفائدة دراسة الفقه المقارن ، وإن لها لفوائد كثيرة أخرى لا نطيل في سردها في هذا المقام .

ولعلك قد علمت بمـا ذكرنا ، أننا في أمر الدعوة إلى الاجتهـاد ، لسنا نذهب مذهب أولئك الذين يرون أن الاجتهاد في مسائل الفقه ليس

إلا ممارسة حركية تعتمد على فن استخراج الكتاب من المكتبة وفنّ الجلوس فيها ، والطريقة التي ينبغي أن يتم بها نقل نص من داخل الكتاب على ظاهر (الفيشة) التي بين يديه ، لا شك أن الاجتهاد في الفقه الاسلامي ليس مجرد عملية بمتعة إلى هذا الحد .

كما أنا لسنا نذهب مذهب من يرى أن باب الاجتهاد في وجه الناس قد أوصد بقفل من فولاذ ، وأنه لا سبيل إلى العثور على مفتاحه إلى يوم القيامة ، وأن على الناس أن لا يرددوا كلمة « الاجتهاد » إلاّ عندما يبحثون في التاريخ .

وإنما نقول : إن الاجتهاد هو استنباط الاحكام الشرعية من مصادرها الكلية ؛ وهو جهد يخضع لقدرة الانسان وطاقته . فكل من مارس أسباب العلم حتى تعلم ، وعكف على وسائل الاستنباط والاجتهاد حتى قامت عنده ملكة فيها ، فإنه يستطيع أن يستخدم هذه الملكة في البحث والاستنباط دون أن يصطدم في طريقه بأي باب موصد .

هذا هو القول الفصل في أمر الاجتهاد من حيث هو .

أما تفصيل البحث فيه على ضوء واقع الحال اليوم ، فإننا نقول :

الاجتهاد الذي ينادي رجال بالدعوة إليه اليوم ، إما أن يراد به الاجتهاد فيما قد جدّ من أمور المسلمين مع الزمن مما لم يبحث في شأنه الأئمة السابقون ، وإما أن يكون المقصود به اعادة النظر في اجتهادات الأئمة وفقهم .

فأما الاجتهاد بمعناه الأول ، فلا يشك باحث عاقل أن على علماء المسلمين اليوم أن يبحثوا في هذه الأمور الجديدة ويبذلوا جهدهم في استنباط أحكامها بدليل من الكتاب أو السنة أو القياس أو الاجماع إذا تم لهم ذلك . والاجتهاد في هذا واجب لا مفرّ منه .

وأما الدعوة إليه بمفهومه الثاني ، فهي دعوة باطلة ، وشهوة مجردة للتلاعب بالاحكام الشرعية الثابتة ، واحتجاج يختبيء من ورائه غرض سيء ليس من العسير كشفه والاشارة إليه .

إن الاحتلال البريطاني لمصر ، يوم اصطدم بجمود الفكر الأزهري في كل ما كان يصدر عنه من فتاوى ونظرات وأحكام ، لم يجد من الوسيلة أمامه إلا أن يفتت هذا الجمود بطرقة واحدة لا يقوى غيرها على ذلك ، هي مطرقة : الاجتهاد . . .

وكان السبيل لاستحضار هذه المطرقة ، هو الاعتماد على من يدعو باسم الاسلام إلى الاجتهاد ونبذ الجمود على الكتب والفتاوى القديمة . فلما توفرت لهم الأبواق الداعية والمروجة لذلك بشتى الاساليب والطرق ، أتيح لهم أن يفتتوا تلك الصخرة الفكرية عن طريقهم - كما يقول اللورد كرومر في مذكراته - وجاء رسل الانكليز ومبشروهم يدخلون بأفكارهم وآرائهم الغريبة المستوردة في المجتمع المصري بعد أن أجازوها على الأزهر وعلمائه باسم الاجتهاد وتحت امتيازاته . .

بهذا أدخل قاسم أمين أفكاره عن المرأة والحجاب ، وبهذا تسلل الانكليز نفسه إلى الأزهر في أشخاص كثيرين من ممثليه وأتباعه وبطانته ، وبهذا نسخت أحكام ومناهج اسلامية عظيمة بأحكام ومناهج أوربية سخيفة .

إن شيئاً من ذلك لم يتم باسم الدعوة إلى نبذ الدين ، وإنما تم كل ذلك باسم الدعوة إلى الاجتهاد . . .

إن الاجتهاد الذي إذا فتح بابه دخل فيه مع الرجل الواحد الصالح عشرون من الرجال المفسدين ، جدير ببابه أن يظل مقفلا لا يفتح .

وإذا صح أن يوجد مثال متفق عليه عند المسلمين كلهم لقاعدة سد الذرائع ، فأجدر به أن يكون هو هذا المثال .

* * *

غير أننا مع ذلك ندرس الفقه المقارن ، ندرسه لا لكي نقضي به على قاعدة سد الذرائع ، وإنما لكي نقف به عند حدود قدراتنا فلا ندعي لأنفسنا مستوى لسنا أهلاً له ، ولكي يتيسر السبيل لمن تمرس بأسباب البحث والنظر إلى أن يجتهد ويبحث فيما قد يجد في عصرنا هذا من المشاكل والأحداث التي لا بد من معرفة أحكامها .

ثانيًا :

سبب اختلاف الفقهاء

قد يسأل البعض : فيم اختلف الفقهاء الى مذاهب ؟ وهلا اجتمعت كلمتهم في الأحكام الشرعية على مذهب واحد كما اجتمعت كلمة أهل السنة والجماعة في مسائل العقيدة الاسلامية على مذهب واحد ؟ .

والجواب أن مصادر المبادىء والأحكام الإسلامية كلها ، تنقسم من حيث قوة دلالتها الى قسمين :

أدلة قطعية

وأدلة ظنية ..

فأما الأدلة القطعية فهي تلك التي وصلت إلينا عن طريق قطعي ، وتحمل في نفس الوقت دلالة قطعية على مضمونها . أي فهي قطعية الثبوت بالنظر لمنشأها وقطعية الدلالة بالنظر لمضمونها .

وينطبق هذا الوصف على النصوص التي وصلت الينا بشكل متواتر ، ولا تحتمل في دلالتها أكثر من معنى واحد . كالأمر بالصلاة في قوله تعالى « أقيموا الصلاة » والنهي عن الزنا في قوله تعالى « ولا تقربوا الزنى » .

وأما الأدلة الظنية فهي تلك التي لم يتوفر القطع في طريق وصولها الينا كأخبار الآحاد على اختلاف أنواعها مما يسمى بالغريب أو العزيز أو

المشهور . . أو لم يتوفر القطع في دلالتها كان تدل على معنى مع احتمالها لمعنى آخر .

فأما المبادىء والأحكام التي دلت عليها أدلة قطعية ، فهي مبادىء وأحكام قطعية ، اكتسبت صفة القطع من أدلتها . ومن ثم فلا يسع المسلم المؤمن بكتاب الله تعالى وسنة رسوله أن يجحدها أو يشك فيها . فكان الإيمان بها واجباً وكان إنكارها دائراً بين الكفر إن كانت مما هو معروف من الدين بالضرورة والفسق إن لم تكن مما هو معروف من الدين بالضرورة .

ولذلك كان المكان الطبيعي لذكر هذه المبادىء والاحكام كتب العقيدة . فالبحث في وجوب أصل الصلاة وأصل الزكاة ، والصوم والحج مثلاً ، إنما ينبغي أن يكون ضمن مسائل العقيدة الإسلامية ، أي تلك المبادىء التي ثبتت بدليل قطعي كالايمان بالله ورسوله واليوم الآخر .. الخ. ولئن وجدت الفقهاء يبدأون باب الصلاة مثلاً بذكر فرضيتها، وباب القصاص بذكر حرمة قتل النفس بدون حق ، فذلك ليس إلا تمهيداً بمسألة اعتقادية أساسية للوصول منها الى مباحث فقهية فرعية .

ومن هنا لم توجد فرصة للخلاف بين الأئمة في هذه المسائل . إذ كانت أدلتها قطعية لا احتمال فيها ولا خفاء . ومثل هذه الأدلة لا يتصور أن يقع الخلاف في الوصول الى مدلولاتها إذا توفر العقل المتدبر لها والرشد الذي من شأنه أن يدعو الى التأمل فيها .

وما اختلف المسلمون فيه من بعض مسائل الاعتقاد ، فذلك لأن أدلته لم ترق الى درجة القطع ، فطاف بها الاحتمال ، فوقع الخلاف في فهم مدلولاتها .

ومثل هذه الأمور لا يستوجب الخطأ في اعتقادها كفراً أو ردة ،

لأن سبيل القطع واليقين فيها مفقود : ولم يكلفنا الله تعالى في أمور الاعتقاد إلا باتباع العلم ، وذلك في مثل قوله تعالى « ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤولا » .

ومن هنا أيضاً لم يصح القول بالاجتهاد في مسائل الاعتقاد القطعية كما لم يصح فيها القول بالتقليد . لأن الاجتهاد إنما يكون في دليل تضمن احتمالات مختلفة ، وكان لا بد من جهد لاستظهار أقربها الى المقصود . ومثل هذا الدليل غير وارد في هذه المسائل . ولأن التقليد فرع عن عدم التمكن من الاجتهاد . فيحذو المقلد في ذلك حذو من قد تمكن منه واستظهر أقرب الاحتمالات الى المقصود . وهذا غير وارد في أدلة مسائل الاعتقاد القطعية كما قلنا .

وأما المسائل والاحكام التي دلت عليها أدلة ظنية ، فلا جرم أن سبيل الاعتماد على هذه الأدلة إنما هو الاجتهاد . إذ لا يكون الدليل ظنياً إلا لأنه يحتمل أكثر من معنى واحد دون أن يكون ثمة ما يقطع بصحة معنى واحد منها دون المعاني الاخرى وربما تفاوتت درجة الظن في أكثر الأدلة واختلفت قوة الاحتمال فيها ، فيكون الاختلاف في الوصول الى مدلولاتها أمراً متفقاً مع طبيعتها وطبيعة العقول المفكرة .

ومن ثم وقع الخلاف في هذه المسائل والأحكام ؛ وإنك لتجد أن رقعة الخلاف تتسع أو تضيق حسب قوة الاحتمال أو ضعفه في الأدلة .

وأكثر الأحاديث الواردة في الصحاح ذات دلالة ظنية ، إما لأنها أحاديث آحاد لم تصل الى درجة التواتر أو لأن الاحتمال يتطرق الى المعاني المتضمنة لها .

وربما استعظم بعض الجهال أن يسمع بأن أدلة الأحكام الفرعية ظنية ،

وربما راح يتندّر بذلك قائلاً : إذاً فالشريعة الاسلامية كلها قائمة على أساس الظن ! .

والذي ينبغي أن تتنبه اليه في هذا الصدد أنه لو لم يرد دليل قطعي من الكتاب أو السنة على أن الله قد تعبدنا في الأحكام العملية بالأدلة الظنية لما ساغ لنا التمسك بشيء من الأحكام التي لم يثبت عليها دليل قطعي .

ولكن ورد الدليل القطعي الذي زاد عن حد التواتر بأن على المسلم أن يتبع ما دلت عليه الأدلة الظنية في الأحكام العملية ؛ فمن ذلك الأحاديث الكثيرة المختلفة عن إنفاذ رسول الله ﷺ أمراءه وقضاته ورسله وسعاته الى الأطراف (وهم آحاد لا يثبت بخبر كل منهم يقين) لقبض الصدقات وحل العهود وتقريرها وتبليغ أحكام الشرع . وقد ثبت بالإتفاق أنه ﷺ كان يُلزم أهل النواحي قبول قول رسله وسعاته وحكامه . ولو احتاج في كل رسول الى تنفيذ عدد التواتر معه ، لم يف بذلك – كما يقول الإمام الغزالي – جميع أصحابه ، وخلت دار هجرته عن أصحابه وجميع أنصاره[1]

ومن ذلك أن الشريعة الاسلامية ألزمت القاضي بإنفاذ الاحكام الشرعية بناء على البينات والشهود مع العلم بأن الذي يثبت بالبينات والشهود في أغلب الأحيان إنما هو الظن .

ومن ذلك ما تم الاتفاق عليه من أن على المجتهد أن يتبع ما أداه اليه اجتهاده ، ولا ريب أنه لا يقطع بنتيجة اجتهاده، لدخول احتمال الخطأ في نتيجة الاجتهاد ، وإنما سبيله الى ذلك الظن فقط .

---

(١) انظر للتوسع في هذا البحث : المستصفى للغزالي : ١٠١/١ ، والرسالة للامام الشافعي بدءاً من كتاب « العلم » إلى آخر الكتاب ، وأول كتاب الموافقات للشاطبي .

فلما وقفنا على هذه الأدلة التي لا احتمال فيها ، أيقنا بأن الشارع جل جلاله قد تعبدنا في الأحكام العملية بظنوننا ؛ فكأنه يقول : حيثما ظننتم ، مستندين إلى الأدلة الشرعية الصحيحة ، أن الحكم كذا وجب عليكم العمل بموجب ذلك الظن .

فإن اعترض قائل : أولم يكن في هؤلاء الرسل الذين كان يوفدهم رسول الله ﷺ ، من يعلم الناس مبادىء العقيدة أيضاً ويأمرهم بالايمان بالله عز وجل ..؟ فإذا كان فيهم من يقوم بذلك فقد ثبت أن المبادىء القطعية أيضاً قد قامت على الظن . فمن أين لك هذا الفرق بين الأحكام العملية والمبادىء الاعتقادية ؟ .

قلنا في الجواب : أمّا أن تقوم حقيقة قطعية يستيقنها العقل على مجرد دليل ظني ، فذلك باطل لا يقول به عاقل . إذ الأدلة الظنية لا تنتج إلاّ مدلولات ظنية مثلها ومحال أن يتولد يقين من الشك أو الظن !..

وأما أن في الوفود التي كان يرسلها رسول الله ﷺ من كان يبلغ الناس مبادىء العقيدة ، فإن الأمر في ذلك يختلف اختلافاً كبيراً .

فإن النبي ﷺ لم يطلب ممن أرسل اليهم رسله أن يؤمنوا بالله ، تنفيذاً لأمره كما في الأحكام ، كيف وهم لم يؤمنوا به بعد حتى يعلموا صدق كلامه فيصدّقوا ما يبلغهم عنه مبعوثه ورسوله ؟!..

وإنما كان حديث رسله عليه الصلاة والسلام مع الناس حول الايمان بالله ورسوله ، على سبيل تنبيههم إلى الأدلة العقلية القطعية المختلفة على وجود الله تعالى ووحدانيته . فالذي كان يؤمن بالله تعالى بناء على خبر هؤلاء الآحاد ، لم يكن هذا الخبر الظني وحده هو مستنده في ايمانه اليقيني وإنما كان مستنده في ذلك أدلة عقلية قطعية ، ولم يكن الخبر الذي تلقاه أكثر من منبه إلى هذه الأدلة ودافع للنظر فيها .

فإذا تبين لك هذا الذي أوضحناه ، فقد ثبت أن الاحكام الفرعية إنما تستند في وجوب العمل بها إلى أدلة ظنية ، ثبت بالدليل القطعي وجوب اعتمادها .

وإذا كانت الأدلة الظنية هي مستند هذه الأحكام ، فقد كان الخلاف في الوصول إلى نتائجها أمراً طبيعياً بل أمراً حتمياً .

وعليه ، فإن اختلاف المذاهب الفقهية عن بعضها ، اختلاف لا يقوم في جوهره على أي عصبية أو تباعد أو محض هوى أو جهل . وإنما اقتضته ضرورة النظر والاجتهاد والبحث .

والدعوة إلى توحيد هذه المذاهب — مع هذا الذي أوضحناه — من أغرب الأمور وأعجبها ، خصوصاً عندما نجد أرباب هذه الدعوة هم أنفسهم الذين يدعون الناس ، كل الناس ، إلى الاجتهاد في الاحكام الشرعية والأخذ من الكتاب والسنة مباشرة !!..

الدعوة إلى الاجتهاد تقضي بترك كل صاحب اجتهاد مع ما أداه اليه اجتهاده طالما أنه مقرّ على اجتهاده . والدعوة إلى توحيد المذاهب في مذهب واحد تقضي بحمل عامة الناس على الانصياع لهذا المذهب الواحد وعدم الميل عنه نحو أي اجتهاد آخر .

فكيف تلتقي الدعوتان في دماغ واحد ؟!.. وما الذي نفهمه من اجتماعها الغريب هذا إلاّ معنى العبث في أوضح صوره ومظاهره .؟

والآن ، وقد علمت وجه الحاجة إلى دراسة أبحاث الفقه المقارن وعلمت بعد ذلك سبب اختلاف الأئمة في المذاهب الفقهية ، فلنعرض لك نماذج من اختلافات هؤلاء الأئمة واجتهاداتهم وكيفية اقتباسهم الاحكام من أدلتها الأصلية والفرعية المختلفة .

ولا يتسع الوقت ولا الصفحات لاستعراض كل المسائل الفقهية المختلف فيها على هذا الوجه . ولكنا اكتفينا بعرض نماذج .

عرضنا لك نموذجين في أبحاث العبادات واخترناهما من باب الصوم هما : أثر اختلاف المطالع في بدء الصوم . وتبييت نية الصوم وتكرارها . ونموذجين من الأبحاث المتعلقة بالأموال واخترنا منها الربا ، والاراضي التي امتلكتها الدولة عقب حرب أو صلح . ونموذجين من مسائل الاحوال الشخصية هما الطلاق الثلاث ، والشروط الجعلية في العقود عامة والنكاح خاصة . ونموذجاً من أبواب الحدود والتعزيرات ، هو العقوبة عن طريق أخذ المال . ونموذجين من أبواب القضاء هما القضاء بشاهد ويمين والقضاء بقرائن الاحوال ، ونموذجاً واحداً من باب الوقف هو لزوم الوقف وعدمه .

وقد حاولنا أن يكون اختيارنا لهذه الابحاث ، على ضوء حاجة المسلمين في هذا العصر . فأثر اختلاف المطالع في بدء الصوم ، وعلة الربا وأثر ذلك فيما يجري فيه الربا ، والعقوبة بأخذ المال ، والقضاء بالقرائن المعتمدة اليوم ، كل ذلك مما تقتضي ضرورات هذا العصر التأكد من فهم حكمه الشرعي مقروناً بأدلته المعتمدة .

وإذا وفق الله تعالى ، أتبعنا هذا الكتاب بجزء آخر متمم له نعالج فيه على هذه الطريقة نفسها طائفة أخرى من الأحكام الفقهية التي يهم المسلمين معرفتها في هذا العصر .

نسأل الله تعالى أن يأخذ بيدنا جميعاً إلى ما فيه الخير والرشاد وأن ينجينا من سيئات أعمالنا إنه خير مسؤول .

أثر تباعد البلدان في حكم الصّوم

أولاً ــ تعريف بالمسألة :

مما لا شك فيه أن الهلال قد يرى في أول الشهر بعد غروب الشمس في بعض البلاد وقد لا يرى في بعضها الآخر إلاّ في الليلة التالية وذلك تبعاً لتفاوت الوقت الذي تغرب فيه الشمس في تلك البلاد .

فإذا رؤي الهلال مساء يوم التاسع والعشرين من شعبان في بلدة ، وصام أهلها بناء على ذلك ، ولكن الهلال لم يُر تلك الليلة في بلد أو بلدان أخرى ، فهل يتبّع أهل البلدة الثانية الأولى في صومهم ، وتعتبر رؤيتهم رؤيةً في حق الجميع ، أم يستقلون بالبحث والنظر ، حتى اذا لم يشاهدوه لم يصوموا يوم الثلاثين من شعبان ؟

هذه هي صورة المسألة ، وقد وقع فيها الخلاف بين الأئمة .

ثانياً ــ المذاهب الواردة في ذلك وأصحابها :

اختلف الأئمة في ذلك الى مذهبين :

(الأول) ــ أن رؤية الهلال في بلدة لا تعتبر رؤية له في حق أهل بلدة أخرى اذا كانت بعيدة عنها ، فلا يجب عليهم الصوم بذلك .

وذهب الى هذا الرأي ، الشافعية في المعتمد عندهم والزيلعي وآخرون من الحنفية ، ومالك فيما روى عنه المدنيون . واختار هذا الرأي من

اصحابه ابن الماجشون والمغيرة. وهوأيضاً مذهب عكرمة والقاسم واسحاق ابن راهويه (١) .

(الثاني) ـ أن رؤية الهلال في بلدة ما تعتبر رؤية لأهل تلك البلدة وغيرهم ، فإذا بدأ أهل بلدة صومهم من السبت ، ثم تبين أن أهل بلدة أخرى رأوا الهلال مساء الجمعة ، وجب عليهم قضاء ذلك اليوم الذي أفطروه .

وذهب الى هذا الرأي الحنفية فيما اعتمده ظاهر الرواية ، والحنابلة ، ومالك فيما رواه عنه ابن القاسم، والمصريون، ونقله ابن المنذر عن المزني(٢).

ملاحظـــة :

أولاً : حصر بعضهم هذا الخلاف فيما اذا لم تكن المسافة بين البلدين شاسعة جداً ، قالوا : فإذا اشتد البعد ، كما بين الاندلس والحجاز ، فقد انعقد الاجماع على استقلال كل بلدة بالرؤية لنفسها ، وقد نقل هذا الاجماع القرطبي في تفسيره عن أبي عمر ، ونقله ابن حجر في فتح الباري عن ابن عبد البر ، كما أثبته ابن رشد في كتابه بداية المجتهد . إلا أن النووي نقل في مجموعه أن بعض أهل العلم ذهب الى أنه يجب الصوم على جميع أهل الأرض اذا رؤي الهلال في موضع منهـــا ، وعلى ذلك فلا يمكن أن يكون قد ثبت اجماع في ذلك(٣) .

ثانياً : يخرج من محل هـذا النزاع ما اذا ثبتت رؤية الهلال عنـد

---

(١) انظر المجموع للنووي : ٢٧٤/٦ وفتح الباري : ٨٧/٤ وبداية المجتهـــد : ٢٧٨/١ وأحكام القرآن لابن العربي : ٨٤/١ وحاشية ابن عابدين : ٩٩/٢ .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين : ٩٩/٢ وبداية المجتهد : ٢٧٨/١ وتفسير القرطبي : ٢٩٥/٢ .

(٣) المجموع : ٢٧٤/٦ .

الامام الأعظم ، وهو أمير المؤمنين ، وألزم الناس كلهم بما ثبت لديه ، فيجب الصوم حينئذ على الناس كلهم على اختلاف وتباعد بلدانهم ، لأن البلدان في حقه كالبلد الواحد اذ إن حكمه نافذ في الجميع[1] .

ثالثاً ـــ الأدلة :

استدل الذين قالوا باستقلال البلدان المتباعدة عن بعضها ، بكل من السنة والقياس والنظر العقلي :

(**أما السنة**) **فقد تمسكوا أولاً** بما رواه مسلم والترمذي وأبو داود والنسائي عن كريب أنّ أم الفضل بنت الحارث بعثته الى معاوية بالشام ، قال فقدمتُ الشام فقضيت حاجتها ، واستهلّ عليّ هلال رمضان وأنا بالشام ، فرأينا الهلال ليلة الجمعة ، ثم قدمت المدينة في آخر الشهر ، فسألني ابن عباس ، ثم ذكر الهلال ، فقال متى رأيتم الهلال ، فقلت رأيناه ليلة الجمعة ، فقال : أنت رأيته ؟ قلت نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية ، فقال : لكنّا رأيناه ليلة السبت ، فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين أو نراه ، فقلت أو لا نكتفي برؤية معاوية وصيامه ؟ فقال لا : هكذا أمرنا رسول الله ﷺ .

ومحط الاستدلال في هذا الحديث ، قول ابن عباس : (هكذا أمرنا رسول الله ﷺ) إذ فيه تصريح برفع ذلك الى النبي ﷺ وأمره به ، فهو حجة على أن البلاد اذا تباعدت عن بعضها كتباعد الشام من الحجاز ، فالواجب على أهل كل بلد أن تعمل على رؤيته دون رؤية غيره .

وتمسكوا ثانياً : بالحديث المتفق عليه عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : لا تصوموا حتى تروا الهلال ولا تفطروا حتى تروه ، فإن غمّ عليكم فاقدروا له .

---

(١) انظر : فتح الباري : ٤/٨٧ ، وتفسير القرطبي : ٢/٢٩٦ .

ومحل الاستدلال في هذا الحديث أن رسول الله ﷺ أناط وجوب الصوم والافطار على المسلمين برؤيتهم الهلال ، وذلك يقتضي أن لا يلزم بالصوم إلاّ من رأى الهلال بنفسه ، ولكنّ أهل البلدة الواحدة استثنوا من عموم هذا المقتضى لما قضت به السنة الصحيحة من أن رؤية العدل الواحد وشهادته بذلك عند الامام تعتبر بمثابة رؤية أهل البلدة كلهم ، ودخلت الضواحي والبلدان القريبة منها تبعاً لدلالة السنة والاجماع على ذلك ، وبقيت البلدان البعيدة التي لم يثبت فيها الرؤية،داخلة في عموم مقتضى الحديث ، إذ يقال في حق أهلها : انهم لم يروا الهلال بعد ، فلا صوم عليهم إلى أن يروه[1] .

ومن دليل السنة أيضاً ما اعتمده تقي الدين السبكي ، في رسالته : العلم المنشور في اثبات الشهور ، من أنه لم ينقل عن عمر بن الخطاب ولا عن سائر الخلفاء الراشدين أنهم كانوا إذا بحثوا عن الهلال ارسلوا يكتبون إلى الآفاق . ولو كانت رؤية أهل الآفاق الأخرى تلزمهم بالصوم لكتبوا إليهم ، وكذلك العكس ، فإنهم إذا رأوا الهلال عندهم لم يكونوا يكتبون ذلك إلى البلدان البعيدة عنهم ، ولو كانت رؤيتهم كافية لغيرهم لوجب عليهم ذلك .

(**وأما القياس**) فهو أنهم قاسوا الهلال على الشمس والفجر . فقالوا : إن مما لا ريب فيه أن تباعد البلدان عن بعضها له أثر في اختلاف مواقيت الصلاة بسبب اختلاف رؤية الشمس فيها تقدماً وتأخراً ، وشروقاً وغروباً ، وكذلك القول في الفجر . قالوا : والسبب الذي يؤثر في ذلك هو عين السبب الذي يؤثر في اختلاف ظهور الهلال أيضاً ما بين بلدة وأخرى ،

---

(١) انظر الرملي على المنهاج للنووي ٣/١٥٣ وسبل السلام : ٢/٢٠٠ .

فما يترتب على اختلاف الشمس والفجر من الأحكام ينبغي أن يترتب على اختلاف ظهور الهلال أيضاً [1] .

وكذلك قاسوا أمر الهلال في الصوم عليه في الحج ، إذ قد ذهب الذين قالوا بعدم اعتبار اختلاف البلدان وتباعدها في باب الصوم ، إلى أن له أثراً في باب الحج .

قال ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار : يفهم من كلامهم في كتاب الحج أن اختلاف المطالع فيه معتبر ، فلا يلزمهم شيء لو ظهر أنه رؤي في بلدة أخرى من قبلهم بيوم [2] .

(**وأما النظر العقلي**) فهو أن الله تعالى إنما أناط حكم الصوم بفترة زمنية معينة ، يحددها سير الأفلاك ودورانها ، والأزمنة تختلف باختلاف البلدان وتباعدها ، فينبغي أن يختلف حكم الصوم أيضاً تبعاً لاختلاف البلدان .

★ ★ ★

واستدل القائلون بعدم أثر تباعد البلدان في ذلك بما يلي :

أولاً ـ ما رواه مسلم وغيره عن رسول الله ﷺ أنه قال : (صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فان غمّ عليكم فاقدروا له ثلاثين) ومحل الشاهد في الحديث أن الخطاب فيه عام لكل المسلمين ، والأمر فيه معلق على مطلق الرؤية ، وهي تصدق برؤية أي جماعة أو فرد تقبل شهادته .

ثانياً ـ قياس البلدان البعيدة على الضواحي والمدن القريبة من بلد الرؤية ، لعدم وجود دليل على اختصاص كل منها بحكم .

---

(١) انظر الرملي على المنهاج : ٣/١٥٣ وحاشية الترمسي على شرح المقدمة الحضرمية : ٤/١٦٦ .

(٢) حاشية الدر المختار : ٢/٩٩ .

رابعاً — المناقشة :

نوقش الذين ذهبوا إلى عدم الأثر لاختلاف البلدان ، بأن حديث (صوموا لرؤيته) تفسره الرواية الأخرى التي وردت في كل من البخاري ومسلم ، وهو (لاتصوموا حتى تروا الهلال ..) الحديث . والحكم هنا لم يعلق على مطلق الرؤية بل على رؤية كل من المخاطبين ، ولولا أن السنة الثابتة اعتبرت الشهادة الصحيحة مُنزّلة مَنزلة رؤية الكل ، لعلقنا وجوب الصيام على كل فرد برؤيته الهلال عملاً بظاهر هذا الحديث ، ولكنْ خُصّت من عمومه حالة شهادة البعض كما ذكرنا ، وبقي عموم الحديث على حاله بالنسبة للبلدان البعيدة الأخرى .

أما استدلالهم بالقياس فقالوا : يردّه أن البعد الشديد بين بلد الرؤية وغيرها يقتضي انفراد كلٍ بحكم ويمنع من القياس لعدم وجود علة جامعة بينهما .

ونوقش القائلون ، باختلاف الحكم تبعاً لتباعد البلدان ، فقيل عن دليلهم الأول وهو حديث كريب ، بأن ابن عباس إنما رفض الأخذ بما أخبره به عن الشام لأنه خبر واحد ، وهو غير كاف في الشهادة (١) ، أي فلو تقوى الخبر بمزيد من الرواة ، لأخذ به ابن عباس ، ولاعتمد رؤية أهل الشام .

وقيل عن دليلهم الثاني بأن مقصود الرسول عليه الصلاة والسلام بـ: « حتى تروه » الكناية عن الشهادة بالرؤية ، وإذا تم ذلك فقد استقر مناط وجوب الصوم في حق الناس كلهم ، واعتبار فواصل البلدان وتباعدها قول بما لا دليل عليه .

---

(١) هذا عند الحنفية ، أما الشافعية فيكتفون بشهادة الواحد العدل .

وقيل عن دليل القياس على اختلاف مواقيت الصلاة ، إنه قياس مع الفارق ، والفارق الذي يقصدونه أن كلا من السنة والاجماع دل على اعتبار أثر اختلاف الشمس والفجر في اختلاف مواقيت الصلاة ، ولكن لم يدل شيء من السنة أو الاجماع على مثل ذلك في الصوم(١) .

غير أن الشافعية ، ومن ذهب مذهبهم في القول بأثر تباعد البلدان ، أجابوا عما أورد عليهم في استدلالهم بحديث كريب ، فقالوا : ان كلام كريب لابن عباس ليس شهادة منه حتى يرد ذلك عليه بحجة أنه خبر واحد ، وانما هو خبر عن حكم ثبت بشهادة واستفاض في الناس حتى بلغ التواتر ، وخبر الواحد في ذلك مقبول اتفاقاً(٢) .

وأجابوا عما أورد عليهم من تفسير « حتى تروه » بالفقرة الأخرى التي وردت في الحديث الآخر ، وهي « لرؤيته » أجابوا على ذلك بأن كلمة « لرؤيته » من قبيل المطلق ، و « حتى تروه » تقيد صلاحية الرؤية بتلبسها بكل فرد من المسلمين . والمطلق هو الذي يحمل على المقيد وليس العكس ..

وأجابوا عما أورد عليهم في استدلالهم بالقياس ، بأن عدم نص صريح من السنة أو عدم توفر الاجماع ، لا يعتبر شيء منها من قوادح القياس إذا توفرت شرائطه وأركانه . ولو كان عدم وجود الاجماع أو السنة دليلاً على بطلان القياس لبطل أن يكون القياس دليلاً الى جانب السنة والاجماع .

خامساً ــ الترجيح :

بعد عرض هذه الأدلة وما دار حولها من نقاش ، ننقل لك ما ذكره الصنعاني في هذا البحث ، فقد قال عن هذه المسألة : (في هذه المسألة

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٢/٩٩ .

(٢) بداية المجتهد : ١/٢٧٩ .

أقوال ليس على أحدها دليل ناهض . .) ثم قال : (والأقرب لزوم أهل بلد الرؤية وما يتصل بها من الجهات التي على سمتها) .

ونحن إذا تذكرنا الصورة التي أخرجناها من محلّ النزاع ، وهي أن تثبت الرؤية عند الامام الاعظم فيلزم الناس كلهم بما ثبت لديه ، علمنا أن المسألة لا تنطوي على خلاف عملي في معظم الأحيان .

إذ الامام إذا ألزم الناس كلهم بما ثبت في البلدة التي هو فيها ، سقط أثر اختلاف البلدان قولاً واحداً وبالاتفاق . وقد قلنا إن الامام يجوز له ذلك فتبقى صورة الخلاف فيما إذا كانت البلدة التي تثبت فيها الرؤية خارجة عن سلطان الامام الاعظم ، أو كانت بلدة غير اسلامية وفيها فريق من المسلمين . وفي هذه الحال ، يميل الفكر إلى ما ذهب اليه الشافعية ومن معهم من أنهم إنما يعتدون بما يثبت في بلدتهم ، إذا كانت تبعد مسافة شاسعة عن بلدة الرؤية ، والادلة التي تمسك بها أصحاب هذا المذهب واضحة في دلالتها على ما ذهبوا اليه ، والله أعلم .

والاستعانة بالمراصد والاجهزة الحديثة لاتغير من الحكم شيئاً . لأن هذه الأجهزة إنما تقرب الواقع إلى النظر أو الفكر ولا تغير منه أي شيء . وواقع الأهلة أنها تختلف في وقت الظهور إذا تباعدت البلدان بشكل معين . وتأخر ظهور الهلال دقيقتين عن وقت الغروب يؤخر الشهر يوماً كاملاً . فلا تجدي رؤيته قبل ذلك أو بعد ذلك بدقائق في بلدة أخرى .

سادساً ـــ ماهو ضابط البعد :

ثم ان الذين قالوا بأثر تباعد البلدان عن بعضها في حكم الصوم ، بحثوا في ضابط هذا البعد ، واختلفوا في ذلك الى ثلاثة وجوه من الرأي :

الوجه الاول (وهو أصحها ، وهو الذي قطع بـه جمهور العراقيين وغيرهم) أن البعد المؤثر ما اختلفت بسببه المطالع ، وغير المؤثر ما لم تختلف بسببه المطالع .

وتحديد ذلك يقتضي رجوعاً إلى علماء هـذا الشأن واعتماداً على كل ما قد يجد من السوائل العلمية الصحيحة في ذلك .

الوجه الثاني : الاعتبار باتحاد الاقاليم واختلافها ، فإن اتحد الاقليم فتقاربان ، وإلا فتباعدان .

الوجه الثالث : الاعتبار بمسافة القصر ، فإن كان البعـد دون ذلك فهما متقاربان [1] .

وكلا هذين الوجهين ضعيف ، ولم يعتمد من العلماء .

والله تعالى أعلم .

سابعاً — أثر الخلافات الاصولية في هذه المسألة :

الخلافات الفقهيه في هـذه المسألة ، تعود إلى خلاف العلمـاء في مسألتين أصوليتين :

المسألة الأولى : خبر الواحد وحكم العمل به ، فقد ذهب الشافعيـة وكثير من الأئمـة إلى وجوب العمل به مطلقاً ، أي سواء فيما عمت البلوى به وما لم تعم ، ما لم يكن أمراً يستحيل تفرد واحـد أو اثنين من الناس بعلمه .

---

(١) راجع المجموع للنووي : ٦/٢٧٤ . قلت وانت تعلم من الأدلة التي تمسك بها القائلون بأثر تباعد البلدان ، أن العلة هي احتمال اختلاف المطالع ، وذلك لا علاقة له بمسافة القصر ولا باختلاف الاقليم ، إذ إن اختلاف المطالع ينشأ عن عدم اشتراك البلدين في حدود طول واحد من خطوط الطول ، وهي مابين الشمال والجنوب ، واتحادها ينشأ من تساوي طول البلدين ، فاذا تساوى طولاهما لزم من رؤيته في احدهما رؤيته في الآخر مهما كان البعد الذي بينهما ومتى اختلف طولاهما امتنع تساويهما ، ولكن يلزم من رؤيته في البلد الغربي رؤيته في البلد الشرقي ولا عكس ، وبهذا تعلم انه لا عبرة للمسافة بحد ذاتها .

وذهبت الحنفية وعامة أهل الرأي إلى أن خبر الواحد لا يعمل به فيما عمت به البلوى وفيما الشأن والعرف أن يستفيض في الناس خبره ويتمكنوا من علمه أو رؤيته .

وكان من نتيجة الخلاف في هذه المسألة ما قد رأيت من عدم اعتبار الحنفية لحديث كريب الذي رواه مسلم ، فقد اعتبروا إخباره لابن عباس عن بدء الصوم في الشام من قبيل خبر الآحاد ، واعتبروا أن الموضوع مما الشأن فيه أن يستفيض في الناس فلا ينفرد واحد بالاخبار عنه ، ولذلك فلا عبرة لخبره ، ولذلك قالوا في باب الصوم : لا يكفي أن يشهد برؤية الهلال واحد ، بل لا بد من أن يشهد بذلك جمع من الناس [١] ، وإنما لم يعتد ابن عباس به من هذا الوجه لا من وجه أن بين البلدتين اختلافاً في المطالع .

أما الشافعية الذين يعتبرون خبر الواحد حجة في الشهادة برؤية الهلال ، فقد صح عندهم أن عدم اعتبار ابن عباس لخبر كريب إنما هو بسبب اختلاف المطالع .

المسألة الثانية :

خلافهم في اللفظ العام هل هو قطعي الدلالة على جميع أفراده أم ظني الدلالة عليه ، فقد ذهبت الشافعية ومعظم الاصوليين إلى أنه ظني الدلالة ورجح الحنفية ومن تبعهم أنه قطعي الدلالة .

وقد كان من نتيجة هذا الخلاف ما قد رأيت من أن الحنفية استدلوا على مذهبهم بحديث (صوموا لرؤيته) متمسكين في ذلك بعموم الرؤية وبأن دلالة الكلمة على العموم دلالة قاطعة ، فلا يقوى الظن المأخوذ من حديث : لا تصوموا حتى تروا الهلال على تخصيصه .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : ٢/٨٠ .

تبييت النية وتعيينها في الصوم

أولاً — تصوير المسألة :

هل النية شرط في صحة هذه العبادة ؟ وإذا كانت شرطاً فهل يجب تجديدها في كل يوم من أيام رمضان أم يكفي في ذلك النية الواقعة في اليوم الأول منه ؟ ثم إذا أوقع المكلف النيـة ، ففي أيّ وقت ينبغي أن تكون ؟ وهل يشترط أن يتعين القصد إلى نوع الصوم ؟ أم يكفي مجرد القصد إلى الصوم المطلق ؟ .

هذه هي صورة المسألة وفروعها ، وهي في جملتهـــا محل خلاف بين الأئمة .

ثانياً — الأقوال الواردة فيها :

ولنبدأ بكل فرع منها على حدة .

الفرع الأول : هل النية شرط في صحة صوم رمضان ؟

ذهب جمهور العلمـاء وعامة الأئمة إلى وجوب النيـة في صحة صوم رمضان في الجملة ، أي بقطع النظر عن وجوب تكرارها لكل يوم أو عـدم وجوب ذلك . ولم يخالف في ذلك إلا زفر من الحنفية ، فقـد ذهب إلى أنه لا يحتاج صوم رمضان إلى النية ، إلاّ أن يكون الذي

أدركه شهر الصوم مريضاً أو مسافراً وأراد الصوم ، فتجب عليه النية[1] وهنالك رواية أخرى عنه وهي أنه يكتفى بنية أول يوم من رمضان عن النية في الأيام اللاحقة[2] وعلى هذه الرواية فإن الاجماع يكون قد انعقد على وجوب النية لصحة صوم رمضان .

الفرع الثاني : هل يجب تجديد النية في كل يوم من أيام رمضان ؟

اتفق الأئمة الثلاثة على وجوب تجديد النية لكل يوم منه . وانفرد الامام مالك رضي الله عنه بالذهاب إلى الاكتفاء بنية واحدة عن الشهر كله وهي رواية ضعيفة عن الامام أحمد رضي الله عنه[3] .

الفرع الثالث : في أي وقت ينبغي أن تقع النية بحيث إذا تأخرت عنه لغت ولم تصح ؟

اتفق الأئمة الأربعة على أن ما ثبت في الذمة كصوم النذر المطلق وقضاء رمضان وصوم الكفارة ، يجب تبييت النية فيه قبل الفجر . أما بالنسبة لصوم رمضان والنذر المعين فقد اتفق الثلاثة : الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله ، على أن نية كل منها ينبغي أن تبيت أيضاً بحيث تقع بين الغروب والفجر ، فلا تجزىء قبل ذلك ولا بعده ، وهذا ما يعبّر عنه الفقهاء باشتراط التبييت . وانفرد الحنفية بالذهاب الى امتداد وقت النية من الغروب الى الضحوة الكبري ، أي إلى انتصاف النهار

---

(١) انظر الهداية : ١/٨٥ وبداية المجتهد : ١/٢٨٣ وبدائع الصنائع : ٢/٨٣ .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين : ٢/٨٩٠ .

(٣) انظر جواهر الا كليل في شرح مختصر جليل ، وانظر المغني لابن قدامه : ٣/٨٦ .

ابتداء من وقت الفجر ، فتجوز النية خلال هذه المدة كلها[1] . أما النافلة فلا يشترط التبييت في نيتها إلا عند المالكية[2] .

الفرع الرابع : هل يشترط القصد إلى نوع الصوم كأن يخطر في باله أن يصوم عن رمضان ؟

اتفق الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله ، على وجوب التعيين وملاحظة الفرضية ، وانفرد الحنفية بعدم اشتراط التعيين بالنوع أو الفرضية في أداء صوم رمضان والنذر المعين ، حتى انه لو نوى نية صوم مطلق أو نوى نفلاً أو قضاء فائته ، انصرفت النية الى صوم رمضان . فإن كان صوم نذر مطلق أو قضاء أو كفارة وجب التعيين ، ومثل ذلك ما إذا كان مسافراً أو مريضاً في رمضان وأراد أن يصوم ، فالمفتى به عند الحنفية أن صيامه يحتاج إلى التعيين في النية حتى انه إذا قصد بصومه غير رمضان كنذر أو تقرب أو قضاء ، انصرف إلى هذا الذي قصد[3].

فهذه هي الأقوال الواردة في المسألة بفروعها الأربعة :

وبناء على ماذكرناه يتضح لك أن الفرع الأول من المسألة هي محل اجماع ولا خلاف فيه إلا على أساس احدى الروايتين عن زفر . وينحصر الخلاف في الفروع الثلاثة الأخرى وهي : التبييت ، التكرار ، التعيين .

وقد علمت أن جمهور الأئمة الأربعة ذهبوا إلى اشتراط هذه الأمور الثلاثة في النية بالنسبة للصوم الفرض كرمضان والنذر والقضاء ، إلا

---

(١) الدر المختار وحاشية إبن عابدين عليه : ٢/٨٧ ، والهداية : ١/٨٤ وغيرهما من كتب الحنفية .

(٢) بداية المجتهد : ١/٢٨٤ .

(٣) بداية المجتهد : ١/٢٦٣ والدر المختار : ٢/٨٨ .

المالكية وأحمد في رواية ضعيفة عنه فهم وحدهم الذين خالفوا في اشتراط التكرار ، وإلاّ الحنفية فهم وحدهم الذين خالفوا في اشتراط التبييت والتعيين بالنسبة لصوم رمضان والنذر المعين. فالجمهور يشترط هذه الأمور الثلاثة معاً والطرف المخالف واحد فقط على كل حال . إلا أن المخالف بالنسبة لاشتراط التكرار هم : المالكية ، والمخالف بالنسبة للتبييت والتعيين الحنفية .

فالأئمة ينقسمون بالنسبة لهذه الفروع الثلاثة إلى جمهور ومخالفين ، وسنسير في عرض الأدلة على هذا الأساس — فنعرض لأدلة الجمهور ثم لأدلة المخالفين كي لا يتشعب الحديث ويتيه فيه القارىء .

ثالثاً — أدلة المذاهب :

آ — (**أدلة الجمهور**) : استدلّوا على اشتراط تبييت النية بالنسبة لصوم الفرض بما يلي :

أولاً — حديث حفصة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له[1] . ودلالة الحديث على اشتراط التبيت للنية واضحة .

ثانياً — حديث عائشة رضي الله عنها عنه ﷺ انه قال : من لم يبيت الصيام قبل الفجر فلا صيام له . رواه البيهقي والدارقطني[2] .

ثالثاً — إن أول وقت الصوم يخفى ، لأن أجزاء النهار غير منفصلة من الليل بفاصل يتحقق ، ومعلوم أن الصوم عبادة لا بدّ لها من النية ، فكان لا بدّ — لتحقق سريان النية على جميع أجزاء الصوم — من تقدم النية عليه ، وذلك لا يكون إلا بالتبييت .

(١) رواه الترمذي وابن ماجه وأبو داود والنسائي ومال الترمذي والنسائي الى وقفه على حفصة وصححه مرفوعاً ابن خزيمة وغيره ، وانظر نصب الراية : ٢/٤٣٤ .

(٢) أقول ، وضعف الحديث بعضهم ، وانظر في ذلك أيضاً نصب الراية : ٢/٤٣٤ .

رابعاً ـ القياس على صوم النذر والكفارة والقضاء ، وذلك بجامع أن كلاً منها صوم يتصف بالفرضية ، والفرضية هي الوصف المؤثر في اشتراط التبييت .

أما دليلهم على عدم اشتراط التبييت في صوم النفل ، فهو حديث مسلم عن عائشة رضي الله عنها : دخل عليّ النبي ﷺ ذات يوم فقال : هل عندكم شيء ؟ قلنا لا ، قال : فإني صائم ، واستظهروا حكمة الفرق بين النفل والفرض بأنه سومح في نية التطوع من الليل تشجيعاً عليه وتكثيراً له فانه قد يبدو له الصوم من النهار . واشتراط النية له من الليل يمنع ذلك فسامح الشرع في ذلك كما سامح في اشتراط القيام في الصلاة النافلة (١) .

واستدلّوا على وجوب تكرار النية لأيام رمضان لكل يوم بما يلي :

أولاً ـ إن صيام كل يوم منه يعتبر صوماً واجباً مستقلاً فوجد مناط النية في كل منها على حدة ، فيجب افراد كل يوم بنية خاصة به .

ثانياً ـ صوم هذه الأيام عبادات منفصلة عن بعضها لا يفسد بعضها بفساد بعض ، ويتخللها ـ أثناء هذه الفواصل ـ ما ينافيها كالطعام والجماع ، فكان لا بدّ لبداءة صوم كل يوم جديد من نية جديدة .

ثالثاً ـ القياس على قضاء الصوم الفائت ، إذ لا معنى للتفريق بينهما لعدم وجود فارق ذي أثر في موضوع النية واشتراطها لكل يوم (٢) .

واستدلّوا على وجوب التعيين بما يلي :

أولاً ـ حديث رسول الله ﷺ : إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل

---

(١) المغني لابن قدامة : ٢/٨٤ .

(٢) انظر المغني لابن قدامة : ٣/٨٦ .

امرىء ما نوى . ومحل الاستدلال بالحديث أن الفقرة الأولى منه أوضحت اشتراط أصل النية ، أما الفقرة الثانية ، فقد دلت على أهمية التعيين واشتراطه ، ولو لم تفسّر هذه الفقرة الثانية بهذا المعنى لاستلزم الأمر أن تكون تكراراً للأولى . والقاعدة الفقهية المتفق عليها هي أن التأسيس خير من التأكيد ، وإعمال الكلام أولى من اهماله .

ثانياً — القياس على الصلاة ، وصوم القضاء ، وعامة العبادات . إذ لا بد لصحة النية فيها من تعيين نوعها .

ب — (أدلة المخالفين) : استدل المخالفون في اشتراط تبييت النية ، وهم الحنفية ، بما يلي :

أولاً — حديث سلمة بن الأكوع أن النبي ﷺ بعث رجلاً من أسلم يوم عاشوراء فأمره أن يؤذن في الناس : من كان لم يصم فليصم ومن كان أكل فليتم صيامه الى الليل(١) قالوا فهاهو النبي ﷺ اعتبر صيام من لم يبيت نيّة صوم عاشوراء صحيحاً ، ومعلوم أن صوم عاشوراء كان واجباً إذ ذاك ، ونسخ وجوبه بعد ذلك لا يسري على نسخ هذا الحكم كما هو معلوم ومتفق عليه .

ثانياً — قوله تعالى : (أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم...) الى قوله تعالى : (ثم أتموا الصيام الى الليل) قالوا : فقد أباح الله للمؤمنين الأكل والشرب والجماع في ليالي رمضان الى طلوع الفجر ، وأمر بالصيام عنها بعد طلوع الفجر متأخراً عنه ، لأن كلمة : ثم للتعقيب مع التراخي ، والأمر بالصوم أمر بالنية إذ لا صحة للصوم شرعاً بدون النية ، فكان ذلك أمراً بالصوم بنية متأخرة عن أول النهار ، فاذا فعل الصائم

---

(١) متفق عليه .

ذلك فقد خرج به عن العهدة . والآية تدل على أن الامساك في أول النهار يقع صوماً وجدت فيه النية أم لم توجد ، لأن اتمام الشيء يقتضي سابقية وجود بعض منه [١] .

ثالثاً — استدلوا بحديث عائشة السابق : دخل عليَّ رسول الله ﷺ ذات يوم فقال هل عندكم من شيء ؟ .. الحديث . قالوا فالحديث مطلق وتقييده بالنفل تقييد للمطلق بدون دليل . وعلى فرض أنه خاص بالنفل ، فيقاس عليه الفرض أيضاً [٢] .

واستدلوا على عدم اشتراط التعيين (وهم الحنفية أيضاً) بما يلي :

أولاً — ان المطلوب في الصوم هو جنس العبادة لا وصفها ، وذلك بدلالة قوله تعالى : فمن شهد منكم الشهر فليصمه ، فقد طلب جنس الصوم عند شهود الشهر ، ويتم ذلك بنية مطلق الصوم . كما يتم الوضوء ويصح ، بنية أصل الوضوء دون تقييد أو تعيين لوصف [٣] .

ثانياً — شهر رمضان معيار لصومه ، فهو لا يتسع لصوم من نوع آخر ، فهو وان أطلق الصوم الذي نواه ، إلا أن ضيق الوقت عن الاتساع لغير رمضان يصرفه إلى الوصف المطلوب .

ولما كانت هذه الحقيقة واضحة لا تقبل الشك ، قالوا انه حتى ولو عيّن في نيته غير صوم رمضان ، انصرف الصوم الى رمضان ما دام أنه مقيم سليم مكلف بالصوم ، إذ إن الصوم فيه معيّن من قبل الشارع

---

(١) بدائع الصنائع : ٨٦/٢ .
(٢) انظر المرجع السابق : ٨٥/٢ .
(٣) المرجع السابق : ٨٤/٢ وبداية المجتهد : ٢٨٢/١ .

جل جلاله [1] ويقيسون الصوم في ذلك على الحج ، فقد اتفق العلماء على أن الذي لم يؤد حجة الفرض يقع حجه عنها وان صرفه الى غير ذلك كالتطوع مثلاً .

واستدلوا على عدم اشتراط التكرار (وهم المالكية) بما يلي :

قالوا لما كان صوم رمضان يجب تتابعه ، كان في حكم العبادة الواحدة ، بجامع أن كلا منهما يرتبط بعضه ببعض ولا يجوز التفريق فيه ، وانما تكفي للعبادة الواحدة نية واحدة [2] .

رابعاً — المناقشة :

يناقش الحنفية أدلة الجمهور على وجوب تبييت نية الصوم اذا كانت فرضاً بما يلي :

١ - حديث حفصة « من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له » مضطرب ، لوروده موقوفاً على حفصة ، فقد مال الترمذي والنسائي الى ترجيح وقفه كما ورد مرسلاً أيضاً في بعض طرقه [3] .

وعلى فرض صحته فانهم يجيبون عنه بجوابين :

احدهما أن معنى فلا صيام له ، فلا فضيلة كاملة لصومه ، اذ النفي المضاف الى الجنس محتمل لنفي الحقيقة ولنفي صفة الكمال ، فيحمل على نفي صفة الكمال بدلالة الأدلة الأخرى [4] .

الثاني : أن هذا الحديث على فرض صحته حديث آحاد ، وقد ثبتت

---

(١) الدر المختار : ٨٨/٢ .

(٢) جواهر الاكليل ١٤٨/١ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤٢٩/١ .

(٣) راجع نصب الراية : ٤٣٣/٢ .

(٤) انظر تخريج الفروع على الاصول بتحقيق الدكتور محمد أديب صالح : ص٤٦ .

صحة النية لصوم رمضان بعد الفجر بدليل الآية السابق ذكرها ، ولا ينسخ المتواتر بالآحاد[1] .

٣ ـ لا يصح قياس صوم العين على صوم الدين كالنذر المطلق والقضاء والكفارة ، لأن أيام ما عدا رمضان صالحة للصوم نفلا في الأصل ، فاذا لم يعين النهار لصوم الدين من الليل ، فان صيامه يكون نفلا على ما هو الأصل ، وهو لا يملك تغييره عندئذ . وليس صوم رمضان كذلك .

كما يناقش الحنفية أدلة الجمهور على وجوب التعيين بما يلي :

١ ـ قول الرسول ﷺ « وانما لكل امرىء ما نوى » محمول في اشتراط تعيين القصد ، على الاعمال القابلة لأكثر من وجه واحد فيها . وذلك جمعا بين ظاهر الحديث ، والمتفق عليه لدى العلماء من عدم الحاجة الى تعيين النية في كثير من العبادات كالوضوء .

ومعلوم أن صوم رمضان أداء ، لا يعتبر من الأعمال القابلة لأكثر من وجه ، بسبب كونه معياراً لا يحتمل غيره ، وبسبب أنه معيّن في النوع من قبل المشرّع جل جلاله .

وإن سلم عموم دلالة الحديث فذلك خاص باحراز الثواب الاخروي، وهو أمر يأتي من وراء حد الصحة وعدمها كصلاة المرائي .

٢ ـ قياس صوم رمضان على الصلاة وصوم القضاء في وجوب تعيين النية ، قياس مع الفارق ، اذ صوم شهر رمضان معين من قبل الشارع للصوم المفروض المنوط به كما أوضحنا ، على حين أن وقت الصلاة ليس خاصا بنوعها فقط ، وكذلك الوقت الذي يؤدى فيه صوم القضاء والنذر ونحوهما . فهي جميعها عبادات خاصة لو لم تتعين بالقصد اليها ، لصلح الوقت لغيرها ، وليس صوم رمضان أداء كذلك .

* * *

(١) بدائع الصنائع : ٨٦/٢ .

ويناقش الجمهور أدلة الحنفية وردودهم بما يلي :

أولاً - فيما يتعلق بتبييت النية :

١ - حديث حفصة الذي تمسكنا به ، وان كان قد روى موقوفا من بعض الروايات ، ولكن كثيراً من الثقات رفعوه الى الرسول ﷺ ، فقد رواه ابن خزيمة وغيره مرفوعاً من رواية عبد الله بن أبي بكر ، وقال أبو محمد بن حزم الاختلاف في هذا الحديث يزيده قوة ، لأن من رواه موقوفاً رواه مرفوعاً [١] ومعلوم أنه يجب قبول زيادة الثقة .

واما تفسيركم له - على فرض صحته - بنفي الكمال ، وذلك على ضوء الأدلة الأخرى ، فمردّها الى قاعدة أصولية أخذتم بها ونحن نخالفكم فيها . فالقاعدة عندنا أن النفي المضاف الى جنس الفعل يفسر على أساس الحقيقة ويجب العمل بمقتضاه ، ومن ثم فهو لا يعتبر من قبيل المجمل . ولكنكم تذهبون الى اعتباره مجملا يحتاج الى مبين خارجي له وذلك مما نخالفكم فيه .

واما قولكم إن الحديث آحاد فلا ينسخ الآية التي دلت على عدم اشتراط التبييت ، فنحن لا نتفق معكم في أن الآية دالة على ما ذكرتم حتى يعتبر الحديث معارضاً له فيعتبر بسبب ذلك ناسخاً . أما إن قلتم إن الحديث على كل حال زيادة على ما اقتضاه نص الآية . والزيادة على النص نسخ ، فنحن نخالفكم في هذه القاعدة ، ولا نرى ذلك نسخاً كما هو معلوم في الأصول ، فلا يلزمنا كلامكم في ذلك .

٢ - حديث عاشوراء الذي تمسكتم به يرد عليه بوجوه :

أولها : أن يوم عاشوراء كان - على أصح الأقوال - مستحب الصوم ولم يكن واجباً ، فقد ساق البخاري في صحيحه ما يدل على ذلك ،

(١) انظر المحلى لابن حزم : ٤٩٥/٥ وسبل السلام : ٢٠٣/٢ .

فمنه ما رواه سالم عن أبيه قال قال النبي ﷺ : ان اليوم يوم عاشوراء فمن شاء فليصمه ومن شاء فليفطره [1] .

ثانيها - على فرض الوجوب كما تقولون ، فان الذين أرسل النبي ﷺ اليهم يخبرهم ، انما أخبروا به في ذلك اليوم ، فلهم ظرف خاص بهم ، اذ لا يملكون الا ان يعقدوا النية في ذلك الوقت ، فيكفيهم ذلك ، ولا حاجة الى استئناف صوم جديد ، اذ يفوت الوقت بذلك . فهي حالة خاصة لا تصلح للقياس عليها .

الا ترى أن أهل قباء حينما أبلغوا نسخ التوجه الى بيت المقدس وهم في أثناء الصلاة ، انفتلوا وهم في صلاتهم ولم يستأنفوهـــا . ومن المعلوم أنها حالة خاصة بأهل قباء في ذلك الوقت ، فلا يقاس عليها ما قد يظن أنه شبيه بها . فهذه مثل تلك .

٣ — لا نرى أن في قوله تعالى (. . ثم أتموا الصيام الى الليل) أيّ دلالة على النية سلباً ولا ايجاباً ، ولو صح اعتمادكم على الآية في صدد حكم النية ، لكان عليكم أن تذهبوا الى عدم وجوبها أصلا ، اذ الآية لا تزيد على الأمر بالصوم الذي هو الامساك ، وهو أعم من أن يتقيد بنية بل هو لا يدل على ذلك أصلاً ، وقد ذهبتم في اشتراطكم لأصل النية الى دليل زائد على نص الآية ، وهو الحديث . وكما صح عندكم الاستدلال بحديث زائد على الكتاب لايجاب أصل النية في الصوم ، فقد كان ينبغي ان يصح عندكم الاستدلال بمثل ذلك على وجوب تبييت النية ايضا .

على أن القول بأن الزيادة على النص نسخ ، وأن حديث الآحاد لا ينسخ الكتـــاب ، هو مذهب تفردتم أنتم به ، ولا يلزمنا شيء من نتائجه وآثاره .

---

(١) رواه البخاري مختصراً ، وهذا اللفظ لابن خزيمة ، وانظر صحيح البخاري وشرح فتح الباري عليه : ١٧٥/٤ .

٤ ـ حديث عائشة رضي الله عنها دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم . . الخ ، لا دليل لمدعاكم فيه ، اذ غايته أنه تخصيص لصوم التطوع من عموم دلالة حـــديث حفصة . وقد ثبت كل من الحديثين ثبوتاً يوجب الأخذ به فينبغي العمل بكل منها ، ولا سبيل الى ذلك الا القول بأن حديث عائشة هذا انما ورد في صوم النفل ، كما يدل عليه سياق الحديث نفسه .

ويمنع من قياس الفرض على النفل أمران :

أولا ـ أن ذلك يوجب ترك حديث حفصة وعدم الأخذ به اصلا . . وذلك دليل على بطلان القياس اذ لا يجوز أن يتقدم القيـاس على السنة الثابتة تقدماً كلياً يستدعي مصادمة السنة وابطالها .

ثانياً ـ أنه قياس مع الفارق ، فمعلوم أن مبنى النوافل في عـامة العبادات على التخفيف . ألا ترى أن القيام في الصلاة المكتوبة ركن لا تصح الصلاة بدونه ، وهو في صلاة النافلة أمر مسنون ، حتى تجوز الصلاة من قعود ولو مع امكان القيام .

ثانيا ـ فيما يتعلق بتعيين النية :

قالوا : أولا ـ ان معنى الضيق والتوسع لاينـاهض نص الحديث الآمر بالنية وتعيينها ، فلا يخصصه بحال . ثم ان النية وتعيينها مطلوبان لتحقيق معنى التعبد ، وهذا لاعلاقة له بزمن العبادة وضيقه أو توسعه . والوضوء لا يصلح مقيساً عليه في هذا الباب . اذ إن تعيين الوضوء عن طريق تعيين نوع الصلاة أو العبادة المقصودة ليس تعيينا للوضوء نفسه ، اذ الوضوء شيء واحد وحقيقة واحدة على كل حال . وانما الذي يتعدد ويتنوع العبادات المحتاجة اليه وهي خارجة عنه ، فمن أجل ذلك لم يكن ثمة معنى لايجاب مزيد على أصل نية الوضوء ، أمـا الصوم فهو نفسه

يتعدد ويتنوع ، ولتعيينه ليس عن طريق تعيين عبادة أخرى منوطة به كما هو الشأن في الوضوء فالقياس في ذلك قياس مع الفارق .

ثانياً ـ الحج مبني على التوسع ، ولهذا لا يخرج منه بالافساد كما هو معلوم ، ويصح تعليقه على احرام كاحرام غيره مع أن بقية العبادات ليست كذلك فلا يقاس الصوم عليه .

* * *

خامساً ـ أثر الخلافات الاصولية في الخلاف في هذه المسألة :

ومما مضى يتبين لك ، أن من أسباب الخلاف بين الحنفية وغيرهم في هذه المسألة ، اختلافهم في مسألتين أصوليتين :

المسألة الاولى ـ هل النفي المضاف إلى جنس الشيء يفسر على حقيقته فيكون مبيناً ، أم يحتمل الحقيقة والمجاز فيكون مجملاً ؟ ذهب الجمهور إلى الأول ، ورجح الحنفية الثاني . وقد كان من نتيجة الخلاف ، ماورأيت من عدم اعتماد الحنفية على صيغة حديث حفصة : من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له ، إذ هي من قبيل المجمل عندهم .

المسألة الثانية ـ هل تعتبر الزيادة على النص نسخاً له أم تعتبر مجرد تقييد أو تخصيص :

وإذا كان نسخاً فهل يجوز نسخ المتواتر بالآحاد أم لا ؟

ذهب الجمهور إلى أن الزيادة على النص ليس نسخاً له ، ورجحت الحنفية القول بأنه نسخ ، والجمهور على أنه يجوز نسخ المتواتر بالآحاد بينما خالفت الحنفية في ذلك .

وقد اقتضى ذلك أن لا يأخذ الحنفية بحديث حفصة كما رأيت حتى لا يلزمهم القول بنسخ الآية من القرآن بالحديث الآحاد .

والله أعلم .

علة الربا
وأثر ذلك فيما يجري فيه الربا

أولاً ـ أنواع الربا والمقصود منها هنا

تنقسم أصول الربا إلى خمسة أنواع :

النوع الاول : ما يعبّرون عنه بقولهم (أنظرني أزدك) وهو ربا النسيئة في الذمة وهو محرم إجماعاً مهما كانت نسبة الفائدة أو الزيادة .

النوع الثاني : ما يعبرون عنه بقولهم (ضع وتعجل) ، وهو نفس ربا النسيئة الجاهلية ولكنه جار هنا على العكس بأن يقول المدين للدائن : ضع من الدين الذي لك علي ، أعجل لك في الدفع . واختلف العلماء في حكمها :

أجازها : ابن عباس وزفر .

منعها : ابن عمر ومالك وأبو حنيفة والثوري .

واختلف فيها قول الشافعي رحمه الله . ولسنا هنا بصدد تفصيل الأدلة والأقوال في ذلك .

النوع الثالث : التفاضل في تبادل الربويات مطلقاً إذا كانت من جنس واحد .

النوع الرابع : النسيئة في تعاوض الربويات مطلقاً .

النوع الخامس : بيع الطعام قبل قبضه لحديث نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ ، قال (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه) .

ولقد عد صاحب بداية المجتهد هذا النوع الاخير من أصول الربا ، فتبعناه في ذلك ، والحق أن بيع الطعام قبل قبضه ليس من أصول الربا وإنما هو من الذرائع إلى الربا ، إذ هو مما يتذرع به إلى أحد الأربعة التي قبله [1] والمقصود من هذه الأنواع بالبحث هنا إنما هو كل من النوعين الثالث والرابع .

ثانياً ـ تصوير المسألة :

نص رسول الله ﷺ في الحديث الصحيح على تحريم الربا عن طريق النسيئة أو التفاضل في الأعيان التالية : الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح . فقد روى مسلم عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال :

(سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح ، الا سواء بسواء عيناً بعين ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى) .

وقد أجمع المسلمون على تحريم الربا في كل من هذه الأعيان الستة المنصوص عليها بالتفاضل ، والنساء . ولكنهم اختلفوا فيما سواها بسبب اختلافهم في فهم علة الربا في هذه الأعيان المنصوص عليها [2] ، وسيتناول بحثنا خلاف الأئمة في علة الربا في هذه الأعيان وأدلة كل على ما يقول ، ثم في أثر اختلافهم هذا فيما يجري فيه الربا من الأعيان الأخرى عن طريق القياس .

---

(١) انظر بداية المجتهد : ٢/١٤٠ .

(٢) المجموع للنووي : ٩/٣١٢ .

ثالثاً ـ أقوالهم في علة الربا في الأعيان المنصوص عليها :

(**المالكية**) : قالوا أما حرمة ربا الفضل ، فعلته في الذهب والفضة كونها رؤوس الأثمان مع وحدة الجنس في التعاوض ، وعلته في الأصناف الأربعة الأخرى الادخار والاقتيات مع وحدة الجنس. وأما حرمة ربا النساء فعلته في الذهب والفضة مجرد كونها رؤوس أثمان ، وفي الأصناف الأربعة الأخرى مجرد الطعم ، أي دون اعتبار الاقتيات ولا وحدة الجنس .

وعلى ذلك تجتمع حرمة كل من التفاضل والنسيئة فيما يتم التعاوض فيه ، إذا كان صنفاً واحداً من رؤوس الأثمان او المدخرات المقتاتة . وينفرد النساء بالحرمة في رؤوس الاثمان أو المدخرات المقتاتة إذا لم يكونا صنفاً واحداً كتمر في مقابل قمح . أما التفاضل فلا يتصور انفراده وحده بالحرمة إذ لا بد أن توجد معه علة حرمة النساء أيضاً [1] .

(**الشافعية**) : قالوا في الصحيح المعتمد عندهم : علة ربا الفضل في الذهب والفضة كونها رؤوس أثمان كما يقول المالكية ، وعلته في الأصناف الأخرى الطعم ، بشرط وحدة الجنس عند التعاوض في كل منها .

وعلة ربا النسيئة رؤوس الأثمان في الذهب والفضة ، والطعم في الأصناف الأخرى [2] .

(**الحنابلة**) قال صاحب المغني : روي عن أحمد رضي الله عنه في ذلك ثلاث روايات:أشهرهن أن علة الربا في الذهب والفضة كونهاموزون

---

(١) انظر بداية المجتهد : ٢/١٢٩ وجواهر الا كليل ٢/١٧ .

(٢) انظر المهذب والمجموع للنووي : ٩/٣٠٤ .

جنس - أي الوزن مع وحدة الجنس - وعلة الأعيان الاربعة الاخرى كونها مكيل جنس - أي الكيل مع وحدة الجنس - [1] وعلى هذا فكل مكيل أو موزون يحرم لدى التعاوض فيه النساء ، فاذا كانا جنسا واحدا حرم فيه التفاضل أيضاً .

أما الرواية الثانية : عنه ، فقد ذهب فيها إلى مثل ما ذهب اليه الشافعية من أن العلة هي رؤوس الأثمان في الذهب والفضة ، والطعم في الأصناف الاخرى .

وأما الرواية الثالثة : فهي أن العلة فيا عدا الذهب والفضة أنه مطعوم جنس مكيلا أو موزونا ، فلا بد لربا الفضل فيه من توفر كل من أمور ثلاثة : الطعم والكيل أو الوزن ، ووحدة الجنس . وقد رجح ابن قدامة في المغني هذه الرواية الثالثة ، فقال : وما وجد فيه الطعم وحده أو الكيل أو الوزن وحده ، من جنس واحد ففيه روايتان : والأولى ان شاء الله حله ، إذ ليس في تحريمه دليل موثوق به ولا معنى يقوى التمسك به .

(الحنفية) : أما علة ربا الفضل فهي الكيل أو الوزن مع وحدة الجنس ، وأما علة ربا النساء فهي وجود أحد الوصفين : وحدة الجنس أو الكيل والوزن . ولا فرق في ذلك عندهم بين الذهب والفضة ، والأصناف الأربعة الأخرى .

وبناء على ذلك فحيثما قام التعاوض بين شيئين ، وكانا مختلفين جنسيا ولكنهما يخضعان للكيل أو الوزن أو لم يكونا يخضعان لأحدهما ولكنهما من جنس واحد ، جاز فيه التفاضل وحرم النساء ، فلا بد من الحلول

---

(١) المغني لابن قدامة : ٤/٥ .

فيها . وحيثما قام التعاوض بين شيئين وكانا متفقين جنسا وخاضعين للكيل أو الوزن ، حرم فيها الفضل والنساء معاً . وحيثما فقد فيها الوصفان جاز فيها التفاضل والنساء [1] .

(الظاهرية والشيعة) : قالوا لا علة للربا في هذه الأصناف الستة المنصوص عليها ، فلا يحمل عليها شيء آخر في التحريم .

نتائج من خلال هذه الأقوال

ولدى التأمل في أقوال هذه المذاهب ومقارنتها ببعضها نخرج بالنتائج التالية :

أولاً – لا خلاف في أن ربا النساء تابع لربا الفضل ، فكل ما حرم فيه التفاضل حرم فيه النساء بالاتفاق .

ثانياً – لا يجري ربا الفضل إلا في الجنس الواحد بالاتفاق . الا ما روي عن سعيد بن جبير أنه قال : كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما . لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا [2] .

ثالثاً – ذهب الأئمة ما عدا الحنفية إلى أن اتحاد الجنس وحده ليس علة للربا مطلقاً . وانفردت الحنفية بالقول بأن اتحاد الجنس وحده يكون علة لربا النسيئة ، فلايجوز مبادلة أي شيئين متحدين جنساً الا على وجه الحلول . ولبعض الحنابلة قول يتفق مع هذا الذي انفردت به الحنفية .

رابعاً – اتفقت المالكية والشافعية على أن علة الربا في الذهب والفضة كونهما رؤوس الاثمان .

خامساً – اتفقت الحنابلة في أصح ما يروى عن أحمد ، والحنفية، على

---

(١) انظر الهداية للمرغيناني ٣/٥٤ وبدائع الصنائع : ٥/١٨٢ .

(٢) انظر المغني لابن قدامة : ٤ / ٥ و ٩ .

أن علة الربا هي مجرد الوزن والكيل فيجري عندها الربا في المطعومات وغيرها ما دامت خاضعة للوزن أو الكيل .

سادساً — انفردت الظاهرية والشيعة بعدم تعليل الربا في الاصناف الستة المنصوص عليها .

رابعا - أدلة المذاهب

(المالكية) استدل المالكية على تعليل الربا في الذهب والفضة بثمنية الاشياء ، ، بالاستقراء ، فقد رأوا أن الاجماع قد تم على جواز إسلام الذهب والفضة فيما سواهما من الاموال ، ولو كانت علة الربا في الذهب والفضة موجودة في شيء مما سواهما لحرم ذلك ، اذ يحرم أي تبايع أو تعاوض بين شيئين جمعتهما علة واحدة الربا الا بشرط التقابض . والصفة التي تخص الذهب والفضة ولا تتجاوزهما إلى غيرهما في الغالب ، انما هي جوهرية الاثمان [١] .

واستدلوا على تعليل الربا في الاصناف الأربعة الاخرى بالادخار مع الاقتيات ، بأنه لا يخلو إما أن تكون العلة مطلق الطعم ، أو الطعم الموصوف بالاقتيات والادخار ، لا جائز أن يكون الطعم وحده هو العلة إذ لو كان كذلك ، لاكتفى الرسول ﷺ بالتنبيه إلى صنف واحد من الأربعة ، فلما ذكر عدداً ورأينا أن كلها يتصف بالادخار ، علم أنه قصد بذلك التنبيه على المعنى الزائد على الطعم وهو الادخار والاقتيات . وكل واحد من الأربعة نوع خاص من أنواع المدخرات فلا تكرار في ذكرها . وبهذا أصبح تعداد الأصناف الأربعة من قبيل التأسيس لا التأكيد [٢] .

---

(١) انظر المجموع للنووي : ٣٩٣/٩ والدرديري على الشرح الكبير : ٤٥/٣ .

(٢) بداية المجتهد : ١٣٠/٢ والمجموع : ٤٠٢/٩ .

هذا الى أن الأقوات هي أحوج أصناف الطعام والمدخرات الى حفظها من أسباب الغرر في المعاملات .

(الشافعية) : أما دليلهم على علة الذهب والفضة ، فهو نفس الدليل الذي استند اليه المالكية .

وأما دليلهم على علية (الطعم) للأصناف الأربعة الاخرى ، فهو حديث مسلم عن معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال (الطعام بالطعام مثلاً بمثل) .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن القاعدة العربية المتفق عليها هي أن الحكم بالمشتق يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق . فالحكم بالربا على الطعام يدل على أن كونه طعاماً هو العلة لذلك، والطعام اسم لكل ما يطعم من مأكول ومشروب ، بدليل حديث عائشة (مكثنا مع نبينا ﷺ سنة مالنا طعام إلا الأسودان التمر والماء) .

كما يستدل الشافعية على علية (الطعم) بدليل الدوران أيضاً ، فيقولون ، اننا لدى التأمل نجد أنه كلما اختفت صفة الطعم عن هذه الأصناف الأربعة المنصوص عليها فقدت حرمة الربا فيها ، وكلما عادت اليها صفة الطعم تعلقت بها الحرمة ، فالحب ما دام مطعوماً يحرم فيه الربا ، فإذا زرع وخرج نبتاً بطل فيه الربا وجاز التعاوض فيه بمختلف الوجوه ، فاذا انعقد الحب وعاد مطعوماً عادت اليه الحرمة .

وهذا هو الدوران الذي يعتبر مسلكاً من مسالك العلة الصحيحة ، ومقتضى ذلك اعتبار هذه الصفة هي العلة [1] .

(الحنابلة): وقد قلنا أن الذي روي عن الامام أحمد في ذلك ثلاث

---

(١) المهذب للشيرازي والمجموع للنووي : ٩/٣٩٥ .

روايات ، احداهما وهي أشهرها ، أن العلة في الذهب والفضة هي أنها موزون جنس واحد ، وفي الأصناف الأربعة الأخرى أنها مكيل جنس واحد ، والرواية الثانية كالشافعية إلا أنه عبر عن علة ربا الذهب والفضة بالثمنية بدلاً من جوهرية الأثمان . والرواية الثالثة أن العلة في الأصناف الاربعة أنها مطعوم جنس واحد مع الكيل أو الوزن ، وهو قديم قولي الشافعي .

ولنذكر دليل كلا الروايتين الأولى والثالثة ، أما الثانية فدليلها هو دليل الشافعية .

استدل الذين رجحوا الرواية الاولى من علماء الحنابلة بما يلي :

أولاً — ما رواه الامام أحمد في مسنده عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال (لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فاني أخاف عليكم الرماء) — أي الربا — وما رواه الدارقطني عن أنس أن النبي ﷺ قال : (ما وزن مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحداً ، وما كيل مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحداً) .

ومحل الاستدلال أن النبي ﷺ أناط النهي عن الربا في الحديث الأول بأن يكون الشيء مما يخضع للصيعان ، وأناطه في الحديث الثاني بكل ما يخضع للوزن أو الكيل ، فكأنه قال : يجب التساوي في كل متبادلين من جنس واحد إذا كانا يخضعان للكيل أو الوزن .

ثانياً — قالوا إن مقتضى البيع المساواة ، والذي يؤثر في تحقيقها إنما هو الكيل أو الوزن مع الجنس ، فان الكيل أو الوزن يسوى بينهما صورة والجنس يسوى بينهما معنى ، فكانا علة لحرمة ربا الفضل [١]

---

(١) المغني لابن قدامة : ٤ / ٥ و ٩ .

واستدل الذين رجحوا الرواية الثالثة بما يلي :

أولاً - ما رواه الدارقطني عن سعيد بن المسيب عن رسول الله ﷺ أنه قال : (لا ربا إلا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب) ومحل الاستدلال به واضح .

ومثل ذلك ما رواه مسلم عن معمر (الطعام بالطعام مثلاً بمثل) والمماثلة لا تنضبط إلا بكيل أو وزن ، فدل الحديث على أن الربا لا يحرم إلا في مطعوم يوزن أو يكال .

ثانياً - قالوا وردت في هذا الباب أحاديث مختلفة لا بد من الجمع بينها ليتكامل المقصود بمجموعها . فنهيُ النبي ﷺ عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل ينبغي أن يتقيد بما فيه معيار شرعي ، وهو الكيل والوزن ، ونهيه ﷺ عن بيع الصاع بالصاعين ينبغي أن يتقيد بالمطعوم المنهي عن التفاضل فيه في الحديث الأول .

ثالثاً - الأصل في الأشياء والمعاوضات الحلّ ، وليس في تحريم الربا لمجرد الطعم أو لمجرد الوزن والكيل دليل موثوق به ، فكان لا بدّ من جمع هاتين العلتين إلى بعضها وإناطة الحكم بهما معاً ليقوى دليل الحرمة في مقابل دليل الأصل وهو الحل (١) .

وقد قلنا إن هذه الرواية الثالثة هي مذهب الشافعي القديم .

(الحنفية) : استدلوا على ماذهبوا اليه بكل من الكتاب والسنة والاجتهاد .

أما الكتاب فقوله تعالى : (أوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين

---

(١) انظر تفصيل هذه الأدلة في كل من المغنى لابن قدامة : ٤ / ٦ و ٧ والمجموع للنووي : ٣٩٧/٩ .

وزِنوا بالقسطاس المستقيم ولا تبخسوا الناس أشياءَهم ولا تعثَوا في الأرض مفسدين) وقوله تعالى (ويل للمطففين الذين إذا اكتالوا على النـــاس يستوفون وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون) قال صاحب البدائع بعد أن ذكر هذه الآيات : فقد جعل حرمة الربا بالمكيل والموزون مطلقاً عن شرط الطعم ، فدلّ على أن العلة هي الكيل والوزن [1] .

وأما السنة : فقد استدلوا بما رواه البخاري عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما أنهما حدثاه أن رسول الله ﷺ بعث أخا بني عديّ الانصاري فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب ، فقال له رسول الله ﷺ : أكل تمر خيبر هكذا ؟ .قال لا والله يا رسول الله إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجميع ، فقال رسول الله ﷺ : لا تفعلوا ، ولكن مثلًا بمثل ، أو بيعوا هذا واشتروا بقيمته من هـذا ، وكذلك الميزان . ومحل الاستدلال بهذا الحديث هو قوله : وكذلك الميزان . قالوا فقـد أراد به الموزون عن طريق الكناية ، أي وكذلك كل موزون ، فيدل الحديث على أن كل موزون لا يجوز التفاضل فيه [2] .

كما استدلوا أيضاً بما استدل به الحنابلة للرواية الأولى عن أحمـد من حديثي الدارقطني وأحمد بن حنبل ، وقد سبق ذكرهما وبيان كيفية الاستدلال بهما .

وأما دليل الاجتهاد ، فقد قالوا إنما حرم الرسول الفضل في المعيار الشرعي الذي هو الوزن والكيل في الاشياء الستة التي نص عليهـا إذا كانت جنساً واحداً ، لكونه زيادة مال خالية عن العوض مع امكان

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني : ١٨٤/٥ .

(٢) المرجع السابق : ١٨٤/٥ وانظر المجموع للنووي : ٣٩٣/٩ .

التحرز عنه ، إذ المقصود بتحريم الربا التخلص من الغبن الكثير الذي يكون فيه ، ومن أجلى أمثلة الغبن زيادة المال في أحد العوضين المتجانسين دون مقابل له .

فاذا ثبت أن هذه الزيادة على المعيار هي السبب ، فان هذا السبب موجود في الجص والحديد وسائر الأموال غير المطعومة ، فلا ينبغي أن يكون ثمة فرق بين مطعوم وغيره إذا تحقق السبب الذي قلناه[1] .

وقالوا أيضاً ، أن أصل حرمة الربا إنما هو للابتعاد عن الغبن بين المتبايعين ، وإن أول سبيل للتخلص من الغبن إنما هو تحقيق معنى التساوي بين العوضين ، وأوضح ميزان لتحقيق معنى التساوي هو الوزن والكيل ، فكلما يخضع لذلك مما لا ينطوي على اختلاف في القيمة والمنفعة ، يجب التساوي فيه ويحرم فيه الربا . وإذاً فقد ثبت أن خضوع المال لقانون الوزن والكيل هو العلة لحرمة الربا فيه[2] .

بقي أن تعلم دليل الحنفية على اعتبارهم التجانس وحده علة لربا النسيئة ، وقد استدلوا لذلك بما يلي :

١ — حديث سمرة بن جندب قال (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة) قالوا فقد نهى النبي ﷺ عن النسيئة بين عوضين لم يوجد فيها الكيل ولا الوزن ، اللهم إلا التجانس ، فدل على أنه وحده علة لربا النسيئة .

٢ — قلنا أن علة تحريم الربا في الاصناف الستة هي زيادة مال خالية عن العوض ، وقلنا أن أصل حرمة الربا إنما هو للتخلص من الغبن الذي قد يكون بين المتبايعين .

---

(١) بدائع الصنائع : ٥/١٨٤ وأحكام القرآن للجصاص : ١/٥٥٥ .

(٢) عن بداية المجتهد مع زيادة بسط وتوضيح : ٢/١٣١ .

وكما يكون الغبن والزيادة بدون عوض في المحسوس عن طريق الكيل أو الوزن ، فانه يكون أيضاً تقديراً عن طريق الحلول في أحد العوضين والتأجيل في الآخر ، إذ لا مساواة بين النقد والنسيئة لأن العين خير من الدين والمعجل أكثر قيمة من المؤجل .

فمن أجل ذلك اعتبر الجنس شطر العلة ولم يعتبر شرطها كما ذهب اليه الآخرون (١) .

(الظاهرية) : المذهب الذي ذهب اليه الظاهرية ، فرع عن انكارهم القياس ، إذ لما أنكروا مشروعية القياس لم يجدوا أنفسهم بحاجة إلى أن يفكروا في علة الربا في هذه الأصناف الستة . هذا إلى أنهم قالوا إن الأصل في الأشياء الاباحة والأصل في المبايعات والمعاوضات أن تكون صحيحة عند وجود التراضي. واشتراط المماثلة والتقابض في الاصناف الخمسة طارىء على الأصل ، فيختص الشرط بمورده ويبقى ما وراءه على الأصل العام (٢) .

خامساً — المناقشة بين أدلة المذاهب

١ — نوقشت أدلة المالكية بما يلي :

آ — أن الرطب ربوي بالنص ، مع أنه ليس مدخراً ، ولو كانت علة الربا هي الطعم والادخار كما تقولون لما كان ربويا ، فان قالوا إن الرطب يؤول إلى الادخار أجيب بأن المتفق عليه أن الربا جار حتى في الرطب الذي لا يؤول إلى ذلك .

---

(١) بدائع الصنائع : ١٨٧/٥ وبداية المجتهد : ١٣٣/٢ .

(٢) انظر ماذكره صاحب المحلى مطولاً في بيان وجهة نظر الظاهرية ومناقشة المذاهب الاخرى : ٥٤٤/٨ .

ب ـ ما ذكرتموه من ضرورة حمل الأصناف الأربعة على التأسيس لا التأكيد يرده حديث معمر بن عبد الله (كنت اسمع رسول الله ﷺ يقول : الطعام بالطعام مثلا بمثل) إذ الحديث هنا واضح أنه يعلق الربا بالطعم المطلق ، فدل على أن تعداد الأصناف الأربعة في الحديث الآخر إنما قصد به مجرد التمثيل [1] .

ج ـ كما يمكن أن يناقشوا بأن اشتراط الطعم مع الاقتيات في ربا الفضل ، واشتراط الطعم وحده في ربا النسيئة تفريق بدون موجب . فقد شرط الرسول ﷺ عند اختلاف الأصناف الستة التقابض وحرم النساء ، أي إنه أناط حرمة النساء بنفس الأصناف المذكورة ، التي استظهرتم منها علية الطعم والاقتيات ، وهو تحكم في الفرق .

٢ ـ ناقش الحنفية مذهب الشافعية في تعليلهم ربا الذهب والفضة بجوهرية الأثمان بما يلي :

آ ـ إن علة (جوهرية الأثمان) قاصرة ، وأنتم قررتم فساد العلة القاصرة وعلى فرض صحتها فإن التعليل بالعلة المتعدية أولى .

ب ـ هذه العلة فاقدة لكلا شرطي الطرد والعكس ، إذ قد توجد العلة ولا يوجد معها الحكم كالفلوس ، فهي تتصف بجوهرية الأثمان ومع ذلك فأنتم لاتجرون فيها الربا ، وقد لا توجد هذه العلة وتجرون الربا مع ذلك ، كأواني الذهب والفضة ، فقد سقطت ثمنيتها ومع ذلك فأنتم تجرون فيها الربا .

ج ـ ومع ذلك فان مما يبطل هذا التعليل أن رسول الله ﷺ نص في حديث أبي سعيد الخدري على أن العلة هي الوزن ، وذلك عندما قال : (وكذلك الميزان) أي الموزون .

---

(١) المجموع : ٩/٤٠٢ .

ويجيب الشافعية على ذلك بما يلي :

آ ـ العلة القاصرة صحيحة في مذهبنا ، لأن العلة ليست إلا أمارات نصبها الله تعالى للأحكام ، فمنها متعدية ومنها قاصرة . والوصاف العـلة بالتعدية إنما هو فرع عن صحتها وسلامتها ، فكيف يكون فرع الشيء مقوّماً وشرطاً لوجوده ؟ ولا وجه بعد بيان ذلك للقول بأن العلة المتعدية أفضل من القاصرة .

ب ـ أجابوا عن الاعتراض بكون العلة غير مطردة ولا منعكسة بجوابين :

أحدهما : الرد بالنقض الاجمالي ، إذ قالوا : أنتم مجمعون معنا على أنه يجوز إسلام الذهب والفضـة في غيرهما من الأموال الموزونة ، ولو كانت العلة الوزن كما تقولون لكان ذلك باطـلا . وكذلك فأنتم تقولون بجواز بيع المضروب من النحاس والحديد والرصاص بعضه ببعض متفاضلا ولو كانت العلة هي الوزن لم يجز ذلك ، فما كان جواباً لكم عن هـذا فهو جواب لنا عما اعترضتم علينا به .

ثانيهما : النقض التفصيلي ، فقد قالوا : نمنع أن تكون الفلوس مهما راجت ، متصفة بجوهرية الأثمان ، فصفة الجوهرية خاصة بالنقدين وإن كانت تعتبر أثماناً ولذلك فالربا لا يجري فيها . ونمنـع أن تكون أواني الذهب والفضة قد سقطت عنها جوهرية الأثمـان ، بل هي تتصف بذلك مهما كان شكلها وصورتها . وان كانت لا تعتبر أثماناً في تلك الحالة التي هي عليها .

ولولا أن صفة جوهرية الأثمان لا يفارقها لما حرم اتخاذها للاستعمال والزينـة (1) .

---

(1) انظر بدائع الصنائع : ١٨٧/٥ وبداية المجتهد : ١٣٠/٢ والمجموع للنووي : ٣٩٣/٩ .

جـ - وأجابوا عن كلمة (وكذلك الميزان) في حديث أبي سعيد الخدري بثلاثة وجوه :

الوجه الأول : ما ذكره البيهقي من أن هذه الكلمة من كلام أبي سعيد الخدري فهي موقوف عليه .

الوجه الثاني : أن ظاهر الحديث غير مراد بالاتفاق ، فان الميزان نفسه لا ربا فيه ، فلا بد من إضمار شيء في مكانها ، ولا يجوز فرض العموم في المضمرات ، إذ هو تعميم بدون دليل عليه . فلا يصح تقدير كلمة : الموزون ، هكذا عامة .

الوجه الثالث : أنه يحمل الموزون في الحديث على الذهب والفضة ، جمعاً بين الأدلة المختلفة السابقة [1] .

٣ - نوقشت أدلة الرواية الاولى من مذهب أحمد بن حنبل بما يلي :

آ - حديث ابن عمر (لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين ..) لا يمكن حمله على ظاهره اتفاقاً ، إذ لا شك أن المقصود ليس تبادل الصاعين بمعناهما الحقيقي ، فلا بد من الاضمار والتقدير . وقد وجدت روايات صحيحة أخرى كشفت عن المقصود بالصاعين .

فمن ذلك حديث البخاري : (كنا نرزق تمر الجمع ، وهو الخليط من التمر ، وكنا نبيع صاعين بصاع ، فقال النبي ﷺ : لا صاعين بصاع ولا درهم بدرهمين) فواضح من سياق الحديث أن النهي عن مبادلة صاع من تمر بصاعين منه .

(١) المجموع للنووي : ٣٩٤/٩ والمحلى لابن حزم ٥٥٦/٨ .

ومنه ما رواه أحمد في مسنده : (لا صاعي تمر بصاع ولا صاعي حنطة بصاع ولا درهمين بدرهم) .

فهذان الحديثان يكشفان عن المعنى المقصود بالحديث الذي رواه ابن عمر بما لا يدع مجالا للبس أو وهم .

ب ـ حديث الدار قطني عن أنس (ماوزن ، مثلا بمثل إذا كان نوعاً واحداً ..) الحديث ، فيه أضطراب في السند واختلاف في اللفظ ، فقد رواه الدارقطني عن أبي بكر بن عياش عن الربيع بن صبيح ، عن الحسن ، عن عبادة وأنس بن مالك ، ثم قال : لم يرو هذا الحديث غير أبي بكر عن الربيع هكذا ، وخالفه جماعة ، فرووه عن الربيع عن ابن سيرين عن عبادة وأنس بلفظ غير هذا اللفظ[1] .

وعلى فرض صحته ، فينبغي أن يفسر الموزون والمكيل بالمطعوم على ضوء الأحاديث الأخرى .

٤ ـ نوقش مذهب أبي حنيفة في اعتباره مجرد التجانس جزءاً من علة الربا وليس شرطاً لها ، من قبل الآخرين بما يلي :

إن حديث (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة) مروى عن الحسن عن سمرة رضي الله عنه . وقد قال الشافعي: انه غير ثابت عن رسول الله ﷺ، فقد قال البيهقي : أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمره ، وروي بألفاظ أخرى عن ابن عباس ، وهو باتفاق معظم الحفاظ ضعيف لا يعول عليه ، والصحيح أنه مرسل عن عكرمة عن النبي ﷺ .

---

(١) انظر تكملة المجموع : ٦٧/١٠ ونصب الراية: ٧/٤ والمحلى لابن حزم: ٥٥٢/٨ .

وعلى فرض ثبوته فهو محمول على أن يكون الأجل في العوضين معاً ، فيكون بيع دين بدين وهو فاسد اتفاقاً (١) .

والموجب لحمل الحديث على هذا المعنى ، الأحاديث الكثيرة الأخرى التي تنص على جواز بيع الحيوان بالحيوان، فمن ذلك حديث عبد الله بن عمرو ابن العاص قال : أمرني رسول الله ﷺ أن أجهز جيشاً ، فنفدت الابل فامرني أن آخذ على قلاص الصدقة ، فكنت آخذ البعير بالقلوصين وثلاثة قلائص من ابل الصدقة) رواه أبو داود وأحمد والدارقطني. ومنه ما رواه مالك في الموطأ والشافعي في مسنده عن علي رضي الله عنه أنه باع جملاً إلى أجل بعشرين بعيراً (٢) .

ونوقش مذهبهم في اعتبار الكيل والوزن وحدهما ، علة في الربا بما يلي :

أولا — أما دليلهم من الكتاب ، وهو قوله تعـــالى : (وأوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين . .) والآيات المشابهة الأخرى ، فهو غير وارد في محل النزاع ، إذ هذه الآيات إنما تنهى عن وجوه الغش والخداع في المبايعات ، ومن أهمها التلاعب بالكيل والميزان . أما موضوع البحث فهو اتفاق الطرفين على التفاضل من غير تلاعب أو خـــداع من جانب لآخر ، فالآيات بمنأى عن محل النزاع .

ثانياً — يجاب عما استدلوا به من السنـة بمثل ما نوقش بـه مذهب الامام أحمد ، فالحديثان اللذان يستدل بها الحنابلة في الروايـة الأولى عن أحدهما من أدلة الحنفية أيضاً .

---

(١) انظر سبل السلام : ٣/٥٨ و ٥٩ ونيل الأوطار : ٥/٢٤٠.
(٢) المجموع للنووي : ٩/٣٩٩ ونيل الأوطار : ٥/٣٤١.

سادساً ـ أثر هذه العلل فيما يجري فيه الربا

جرى اتفاق الأئمة واختلافهم فيما يجري فيه الربا ، حسب اتفاقهم واختلافهم في مناط الحكم وعلته ، وقد رأيت من العرض الذي ذكرناه أن هنالك قدراً مشتركا في التعليل الذي ذهبوا إليه : وهنالك جوانب بقيت محل خلاف بينهم . وهذا يعني أن هنالك اتفاقاً بالنسبة للحكم على بعض الأموال وخلافاً بينهم في بعضها الآخر .

مبادىء متفق عليها :

اتفق الفقهاء كلهم على جريان الربا في كل من الأصناف الستة التي نص عليها الحديث ، إلا ما كان من شأن عبد الله بن عباس رضي الله عنه ، فقد أنكر حرمة الربا فيما عدا ربا النسيئة مستنداً إلى الحديث المعروف (إنما الربا في النسيئة) . إلا أن الصحيح أنه رجع عن هذا الرأي بعد بحث بينه وبين سعيد الخدري في ذلك[1] .

واتفقوا ـ ما عدا الظاهرية ـ على جريان الربا في كل مطعوم مقتات خاضع للكيل أو الوزن .

واتفقوا على عدم جريان الربا فيما لم يكن مطعوماً ولم يخضع لكيل أو وزن ولم يتوفر فيه التجانس .

مكان الخلاف :

ثم اختلفوا فيما وراء هذه الأمور الثلاثة ، حسب اختلافهم في العلة فلنذكر ما ذهب اليه صاحب كل مذهب على حدة :

---

(١) انظر التحقيق الذي ساقه السبكي في ذلك في تكملة المجموع ١٠ : ٥٢ .

١ – (الظاهرية والشيعة) لم يروا حرمة الربا فيما عدا الأصناف الستة المنصوص عليها .

٢ – (الشافعية) قالوا – بناء على تعليلهم الربا بجوهرية الأثمان والطعم – أنه يجري الربا في كل ما يتصف بأنه مطعوم لغة سواء كان مقتاتاً أم لا ، مكيلا أو موزونا أم لا ، وسواء كان ذلك غالباً أم قليلا ونادراً ، كالفاكهة والدواء .

وبالمقابل ، فلا ربا عندهم في غير المطعوم وإن كان موزونا أو مكيلا كالجص والنورة والتراب والاسمنت وغيره .

أما جوهرية الأثمان ، فلم يتجاوزوا بها إلى غير الذهب والفضة ، في المعتمد من المذهب . قالوا : لأن العلة قاصرة ، لا توجد في غير محل النص ، أما الفلوس منها اختلفت فان ارتباط الثمنية بها ارتباط فرعي وليس بجوهري .

ثم ينظر ، فيما دخل في معنى الثمنية والطعم ، فان بيع بجنسه حرم فيه التفاضل والنساء ، والتفرق قبل القبض ، لحديث عبادة السابق . وان بيع بغير جنسه نظرت : فان كان مما يجري فيه الربا بعلة واحدة كالأثمان أو المطعومات ، جاز التفاضل وحرم النساء والتفرق قبل القبض وان كان مما يجري فيه الربا بعلتين ، كذهب بطعوم ، جاز التفاضل والنساء والتفرق قبل القبض ، لإجماع الأمــة على جواز اسلام الذهب والفضة في المطعومات .

وقد اتضح لك فيما مضى أن الشافعي لا يعتبر الجنسية جزءاً من العلة كما يرى الحنفية ، بل يعتبرها محلا للعلة التي هي الطعم أو الثمينة ، كالإحصان في إقامة الحد ، فهو كما تعلم ليس إلا محلاً لعلة الرجم وهي الزنا،وليس

مشتركا معه في العلية ، وإلا لكان مقتضى ذلك أن يكون الأحصاب موجباً للحد .

ولذا يجوز عند الشافعية اسلام ثوب في ثوب مثله إلى أجل ، لفقد العلة وهي الطعم أو الثمنية .

٣ ــ (الحنفية) قالوا ــ بناء على تعليلهم الربا بكل من الجنسية والوزن والكيل ــ أنه يجري الربا في كل ما ينضبط بالوزن أو الكيل أو في كل عوضين متحدين جنساً ، لا فرق بين أن يكون ذلك مطعوماً أو غير مطعوم . فيجري الربا عندهم في الجص والحجارة والاسمنت ما دام مكيلا أو موزونا .

ثم ينظر : فان اجتمعت العلتان معاً ، كأن كان العوضان متجانسين وكانا مكيلين أو موزونين أيضاً كقمح بقمح ، حرم فيه كل من التفاضل والنساء ، وان وجدت فيها علة واحدة فقط كالتجانس أو الكيل والوزن ، جاز التفاضل وحرم النساء ، أما إذا فقدت العلتان معاً جاز التعاوض كيفما كان .

ويتفرع على تعليلهم الربا بالكيل أو الوزن ، انهم يذهبون إلى أنه لا يكفي لاعتبار العلة موجودة أن يكون العوضان مما يكال أو يوزن عادة ، بل لا بد أن يكون هذا العوض بعينه خاضعاً للكيل أو الوزن .

وبناء على ذلك ، لا يجري الربا في تبادل أقل من نصف صاع حنطة أو تمر مثلا ، لأن المتعارف أن ما كان أقل من نصف صاع لا يكال عادة . فلا يجري فيه الربا عندهم [1] .

ويتفرع على قولهم بأن علة الربا طارئة على أصل الحكم ، وهو حل البيوع الثابت بقوله تعالى : « وأحل الله البيع » وقوله « يا أيها الذين

(١) انظر الهداية : ٣/٦٤ وبدائع الصنائع : ٥/١٨٥ .

آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، أنهم يرون حل مثل هذه المعاملات أصلاً ، وتحريم بعضها مستثنى وطارئاً ، ويترتب على نظرهم هذا ما يلي [1] :

١ ــ لا يشترط التقابض مع الحلول ، فيما يحرم فيه النساء . وهم يحملون « يداً بيد » في حديث عبادة بن الصامت على الحلول و « عيناً بعين » على التأكيد .

٢ ــ أجازوا بيع الرطب بالتمر لمجرد ظهور شكل المساواة بالوزن (ما عدا محمداً وأبا يوسف) استناداً منهم إلى أن الأصل الاباحة .

٣ ــ لم يعتبروا المساواة المشرطة مخدوشة في بيع مد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم [2] ، إذ صرفوا كل جنس إلى جنسه في التقابل تقديراً وذلك ترجيحاً للأصل وهو الاباحة .

٤ ــ يجوز بيع اللحم بالحيوان عندهم سواء اتحد الأصل كشاتين أو اختلف كشاة وبقرة ، وخالف محمد بن الحسن فيما اتحد أصلها فمنع إلا بشروط ــ قالوا لأن سبب التحريم وهو المعيار الشرعي لم يثبت بيقين ، فرجع إلى الأصل وهو الحل [3] .

والأئمة الآخرون يخالفون الحنفية في كل ذلك ، فقد قالوا بمنع التفرق قبل القبض ، ومنع بيع اللحم بالحيوان ، والرطب بالتمر ،

---

(١) انظر بدائع الصنائع : ١٨٨/٥ .

(٢) ومثل ذلك أن يتم التعاوض بين مطعومين كل منها خليط من نوعين متماثلين ، دون أن يلاحظ التساوي والتقابل بين الأنواع المختلفة ذاتها . فقد أبطله الأئمة الثلاثة وانفردت الحنفية بتسويغه .

(٣) البدائع : ١٨٩/٥ .

ومد عجوة ودرهم بمثلها [1]، مالم يتم التقابل بين المد والمد والعجوة والعجوة .

ويقول الشافعي : ان الأصل في هذه البيوع المنع وليس الحل ، وذلك بموجب حديث : لا تبيعوا الذهب بالذهب .. الخ . والحل طارىء بالاستثناء . فكان التشديد في البحث عن موجبات الحل أولى من العكس [2].

٤ – (المالكيه) قالوا بناء على تعليلهم الربا برؤوس الأثمان أو القوت المدخر مع وحدة الجنس – إن كثيراً مما اعتبره الشافعي ربوياً لا يعتبر كذلك ، وذلك مثل المطعومات التي لا تدخل في أصول المعايش كالأدوية وأكثر الفواكه .. وكذلك يخرج بعلة المالكية كثير مما اعتبره الحنفية ربوياً بسبب محض الكيل والوزن .

اللهم إلا في ربا النسيئة فيجري عندهم على كل المطعومات ، طبقاً لما ذهب إليه الشافعي ، لما قد علمت من أنه يعتبر في ربا الفضل الطعم والاقتيات وفي النسيئة الطعم فقط .

ويتفرع على تعليلهم برؤوس الأثمان أن لا تكون الفلوس على اختلافها ربوية كما هو الصحيح في مذهب الشافعية ، لأنها ولو كانت أثماناً في بعض الحالات غير أنها لا تسمى على كل حال رؤوس الأثمان . فالعلة عندهم أيضا قاصرة كالشافعية [3] .

إلا أن المالكية انفردوا عن الفقهاء الآخرين في تحديد معنى التجانس .

---

(١) المغني لابن قدامة : ٤/٣٠ و ١٣ وجواهر الاكليل : ٢/٢١ وبداية المجتهد : ٢/١٣٩ ومغني المحتاج للشربيني : ٢/٢٤ وما بعده .

(٢) انظر تخريج الفروع على الاصول بتحقيق الدكتور محمد أديب صالح : ٦٧ وما بعدها .

(٣) بداية المجتهد : ٢/١٣٠ . ولاحظ أننا إنما نتحدث عن ربا الفضل ونسيئة اليد أما ربا الجاهلية القائم على الفائدة والداخل تحت شعار (أنظرني أزدك) فهو محرم قطعاً سواء كان التعامل بالذهب أو الفضة أو الاوراق أو الفلوس ، ولا عبرة لوهم من قد يقيس هذا على ذاك .

فالتجانس بين العوضين يعتبر عندهم بوحدة المنافع لا بوحدة التسمية كما هو الضابط عند غيرهم . فكل عوضين كانت المنفعة منها متساوية أو متقاربة ، اعتبرا جنساً واحداً ، مثاله : تبادل شاة بأخرى ، ينظر : فإن كان كلاهما لـلدَّر لم يجز النساء لكونهما جنساً واحداً ، اما إذا كانت احداهما للذبح والأخرى للدر ، جاز النساء لاختلاف الصنف على هذا التقدير .

وبناء على هذا فانما يلتقي رأي المالكية مع الآخرين في العوضين الذين شملهما اسم واحد ، وجمعتهما منفعة واحدة أيضاً ، هذا ما رجحه ابن رشد من مذهبه (١) .

٥ ـ(الحنابلة) على الرواية الأولى عن أحمد رضي الله عنه ، يتفق مذهبه مع مذهب الحنفية فيما أسلفنا ، إلا أنه لا يقول ـ كما ذكرنا ـ بعدم اشتراط التقابض وبقية الأمور الاربعة الاخرى المتفرعة عن مبدأ أبي حنيفة رضي الله عنه القائل بأن الأصل في هذه البيوع الحل .

وعلى الرواية الثانية ، يصدق عليه ما قلنا في مذهب الشافعي .

وعلى الرواية الثالثة ، وهي التي رجحها ابن قدامة ، فانما يجري الربا في المطعوم الذي اتصف بصفة الكيل أو الوزن ، فلا يجرى الربا فيما يباع بالحبة وان كان مطعوما ، ولا يجري فيما لا يطعم وأن كان مكيلا أو موزوناً .

وهذه الرواية تجمع بين دليلي أبي حنيفة في اعتباره الكيل والشافعي في اعتباره الطعم ، وبذلك يقوى هذا الرأي في المذهب الحنبلي ، وهو الذي اعتمده ابن قدامة كما أسلفنا .

---

(١) بداية المجتهد : ١٣٣/٢ .

ولعل هذا هو أقرب المذاهب كلها إلى الاعتماد ، نظراً لقوة دليله ، إذ لا الطعم وحده يستند إلى دليل قوي في اعتباره علة الربا ، ولا الكيل وحده يستند إلى دليل كاف في ذلك ، ويشبه أن يكون كل منها جزءاً من العلة . فإذا تكونت العلة من كليهما تضاعفت قوة الدليل وتكاملت وجوهه ثم هو ايسرها على الناس أيضاً .

والله سبحانه وتعالى أعلم .

خاتمة عن بيع اللحم بالحيوان :

اتفق الأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد ، على حرمة بيع اللحم بالحيوان وأنه لا يصح .

وقد روي عن مالك أنه يفصّل : فان بيع اللحم بحيوان معتّد للحم لم يجز ، لأنه جنس واحد ، وقد انتفى التساوي . أما إن بيع بحيوان غير معتّد للحم فيجوز لعدم وجود التجانس (١) .

وقال أبو حنيفة يجوز مطلقاً لأنه باع مالا ربويا بما لا ربا فيه ، فأشبه بيع اللحم بالدراهم .

ومصدر الخلاف بين الحنفية والأئمة الآخرين في هذا ، معارضة القواعد والتعليلات السابقة التي ذكرناها مع الحديث الذي رواه مالك في الموطأ عن سعيد بن مسيب مرسلا : أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان . فظاهر القواعد السابقة أن اللحم مع الحيوان جنسان مختلفان ، فكان ينبغي جواز بيعها ببعض دون نظر لأمر التساوي ، الا أن الحديث ينهى عنه مع ذلك .

فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث للقواعد السابقة - كرواية

(١) انظر بداية المجتهد : ٢/١٣٨ والمغني لابن قدامة : ٤/٣٠ .

التفصيل عن الامام مالك - أخذوا به ، ولم يشكل ذلك على ما ذهبوا اليه من التفصيل ، إذ هو محمول عندهم عليه .

ومن انقدح عنده تعارض الحديث مع القواعد ، كان عليه أحد شيئين :

إما تغليب الحديث ، واعتباره أصلا زائدا برأسه ، وقد ذهب إلى ذلك الشافعي وأحمد رحمها الله .

وإما تغليب القواعد ، وقد ذهب إلى ذلك أبو حنيفة ، غير ان هذا لا يسلم لهم إلا اذا كانوا يرون في الحديث ضعفاً بحيث يجعله لا يقاوم قوة القواعد والتعليلات المأخوذة من حديث عبادة وغيره في الاجناس الربوية .

والحديث أخرجه أيضاً الدارقطني عن مالك بن أنس ، وقال : تفرد به يزيد بن مروان عن مالك والصواب فيه عن ابن المسيب مرسلا .

ورواه أيضاً ابن خزيمة عن الحسن عن سمره بن جندب ، وهو أيضاً مرسل عند من لم يثبت رؤية الحسن لسمره ومنهم البيهقي كما مر ذكره .

وأخرج بمعناه البيهقي من طريق الشافعي أن رسول الله ﷺ نهى أن يباع حي بميت ، وقال عنه البيهقي : وهو مرسل يؤكد مرسل ابن المسيب .

والحديث بطرقه المختلفة هذه يعتبر قوياً لا شائبة فيه تمنع من الاخذ به ، وقال الشافعي عنه : لا نعلم أحداً من الصحابة قال بخلاف ذلك[1] .

أثر الخلافات الاصولية في الخلاف في هذه المسألة :

يعود قسم كبير من الخلاف بين الائمة في هذه المسألة إلى اختلافهم في ثلاث مسائل من مسائل الاصول .

(١) انظر ما ذكره نصب الراية عن هذا الحديث : ٣٩/٤ .

المسألة الأولى :

مسلك (الدوران) في استنباط العلة ، فقد ذهب الشافعية وكثير من الاصوليين إلى أن من مسالك اكتشاف العلة (الدوران) وهو الطرد والعكس ، مع ظهور مناسبة بين الوصف والحكم ، وخالف الحنفية في صحة هذا المسلك فلم يعتدوا به (١) .

ولقد رأيت أن من نتيجة هذا الاختلاف اعتبار الشافعية والمالكية جوهرية الاثمان علة للربا في الذهب والفضة ، معتمدين على مسلك الدوران والمناسبة كما قد رأيت ، وهو أنهم وجدوا الاجماع مستقراً على جواز اسلام الذهب والفضة ، كلما كان ذلك في مقابل غيرهما من الأموال ، وعلى حرمة اسلامها كلما كان ذلك في مقابل مال مثلها .

في حين أن الحنفية لم يقولوا بذلك ، بل اعتبروا أن مجرد الوزن والتجانس هو العلة ولم يلتزموا بحجة الشافعية والحنفية لأنهم لا يقولون بصحة دليل الدوران مع المناسبة وحدها لاكتشاف العلة واثباتها .

المسألة الثانية :

العلة القاصرة وهي التي لا تقبل التعدية من الأصل إلى أي فرع آخر فقد ذهبت الحنفية إلى أنّ من شرائط العلة القياسية أن لا تكون قاصرة فإن كانت كذلك فلا عبرة بها ، خلافاً لأكثر الاصوليين .

وقد رأيت أن من نتائج هذا الخلاف أن المالكية والشافعية والحنابلة في الرواية الثانية عن الامام أحمد ، ذهبوا إلى أن علة الربا في الذهب والفضة هي جوهرية الأثمان أو رؤوس الأثمان ، فلم يجروا الربا بناء على ذلك في النقود والمعادن الأخرى ، إذ هي علة قاصرة لا تتحقق إلا في

---

(١) انظر شرح مسلم الثبوت : ٣٠٢/٢ .

الذهب والفضة فقط ، أما الحنفية فلم يوافقوا على ذلك ، رجوعاً إلى مايقتضيه أصلهم الذي تمسكوا به من عدم اعتبار العلة القاصرة .

المسألة الثالثة : المضمرات التي يقتضيها نسق الكلام هل يجري فيها العموم أو لا ؟ .. فقد اختلف الأصوليون في هذه المسألة أيضاً ، فذهب الشافعية وكثير من الأصوليين إلى أن العموم لا يجري في المحذوفات والمقتضيات المضمرة ، ويعبرون عن هذا بقولهم : (المقتضى لا عموم له) فمثلاً قول رسول الله ﷺ : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، يتعذّر حمله على ظاهره . فلا بدّ من التقدير ليصح الكلام ، كأن نقدّر : رفع حكم الخطأ عن أمتي . وإذا كانت أحكام الخطأ والنسيان كثيرة متعددة ، فهل نضمر كلمة عامة تشمل الجميع ، أم نضمر ما واحداً منها ليصدق به أصل المعنى ؟

ذهب الشافعية وكثير من الأصوليين إلى أنه يمتنع اضمار الجميع ؛ إذ الإضمار على خلاف الأصل ، ولولا الضرورة لما أضمرنا شيئاً . ويحصل المقصود باضمار البعض وهو ما كان أقربها الى الحقيقة ، فوجب الاكتفاء به ، ضرورة العمل على تقليل مخالفة الأصل [1] .

وذهب الحنفية إلى أن تقدير العموم في مثل هذه الأحوال جائز .

وقد رأيتَ من نتائج هذا الخلاف أن الشافعية والمالكية قدروا في حديث البخاري : (وكذلك الميزان) وكذلك الموزون من المطعومات ولم يقدروا عموم الموزونات ، جمعاً بين الأدلة ، وعملاً بقاعدة : لا عموم في المقتضى .

أما الحنفية فقد قدروا : (وكذلك الموزون) فقدروا كلمة عامة

---

(١) انظر الاحكام للآمدي : ٢/٦٣ والمستصفى للغزالي : ١/٦١ .

تشمل الموزونات كلها ، عملاً بأصلهم الذي تمسكوا به وهو أنه لا يتسع لتقدير العموم بالنسبة للألفاظ المقدرة .

هذه المسائل الثلاث : هي أهم المسائل الأصولية التي اشتركت في إيجاد الخلاف بين الأئمة في هذا الموضوع الفقهي العام .

★ ★ ★

لزوم الوقف

١ - معنى اللزوم .
٢ ـ العلاقة بين اللزوم واحتباس الملك على الواقف .
٣ ـ مذاهب العلماء في لزوم الوقف .
٤ ـ عرض أدلة المذاهب .
٥ ـ المناقشة والترجيح .

١ ـ معنى اللزوم :

يقصد بلزوم الوقف ، عدم جواز التصرف بعين الموقوف ، من بيع أو شراء أو هبة أو تعلق إرث أو غيره سواء من قبل الواقف أو الموقوف عليه ، وسواء قلنا إن الملكية في الموقوف لا تزال على الواقف أو قلنا هي للموقوف عليه أو هي لله تعالى .

٢ ـ العلاقة بين اللزوم واحتباس الملك على الواقف :

وتبين من تحديد معنى اللزوم الذي ذكرناه أنه لا توجد علاقة لزوم بين كل من اللزوم وزوال ملكية الواقف عن الموقوف ، كما أنه لا علاقة لزومية بين عكسيهما : أي بين عدم اللزوم واستمرار الملكية ، وذلك بالنظر لباب الوقف بخصوصه .

أما بالنظر لأصل القواعد الفقهية ومقتضاها فمن الممكن أيضاً أن تبقى ملكية الرجل لبعض أمواله ، ولا يجوز له التصرف بها كالمحجور

عليه . وتحقيقه : أن بين كل من اللزوم وزوال التملك عموماً وخصوصاً مطلقاً . أي كلما زال التملك استمر اللزوم ، ولا عكس ، أي ليس كلما وجد حكم اللزوم يوجد زوال التملك ، فقد يوجد اللزوم لسبب آخر كما في المثال السابق .

وبين عكس كل من اللزوم وزوال التملك أيضاً عموم وخصوص مطلق ، غير أن العام هناك ينقلب خاصاً هنا والخاص هناك ينقلب عاماً هنا .

٣ — مذاهب العلماء في لزوم الوقف :

(أبو حنيفة) : الوقف هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ، بمنزلة العارية . إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته .

ويتضح من هذا التعريف أن عقد الوقف غير لازم عنده ، فيجوز التصرف فيه بعد ذلك ببيع أو رهن أو هبة أو غير ذلك ، إذ هو كالعارية . أما إذا حكم الحاكم بالوقف أو أسنده المالك وعلقه بالموت فيكتسب الوقف بذلك صفة اللزوم ويصير بمنزلة الوصية [1] .

(الشافعي) : الوقف هو حبس مال لله تعالى يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، وذلك بقطع التصرف في رقبته .

ومن هذا التعريف يتضح أن اشتراط قطع التصرف عن الموقوف داخل في قوام تعريفه ، وأن ملكيّته تصبح لله عز وجل . وعلى هذا يلزم الوقف ولا يجوز التصرف بالموقوف بوجه من الوجوه من قبل أي

---

(١) انظر الهداية للمرغيناني : ٣/١١ وبدائع الصنائع : ٦/٢١٨ .

كان ولاخيار للواقف فيه سواء كان الوقف بحكم حاكم أو بعبارة مطلقة من من المالك [1] . وذهب إلى هذا من أصحاب أبي حنيفة : كل من أبي يوسف ومحمد .

(أحمد بن حنبل) : الوقف : هو حبس مال على الموقوف عليه بحيث يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، وذلك بقطع التصرف في رقبته .

ويتضح من هذا التعريف أن الامام أحمد قد ذهب إلى ما ذهب اليه الشافعي وأبو يوسف ومحمد من لزوم الوقف وأنه لا يجوز التصرف بعين الموقوف من قبل الواقف أو غيره . ولكنه يختلف عنهم بقوله : إن ملكية الموقوف تنتقل إلى الموقوف عليه ، وهو مقتضى تعريفه الوقف بأنه حبس مال على الموقوف عليه .

قال في المغني : وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم في ظاهر المذهب ، قال أحمد : إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم . وهذا يدل على أنهم ملكوه [2] .

(مالك رحمه الله) : الوقف هو حبس العين على ملك الواقف ، بحيث يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه وذلك بقطع التصرف في رقبته .

ويتضح من هذا التعريف أن مالكاً قد ذهب إلى ما ذهب اليه كل من الشافعي وأحمد والصاحبين من لزوم الوقف وعدم صحة أي تصرف في عين الموقوف . ولكنه اختلف عنهم فقال : ان الموقوف لا يخرج رغم ذلك عن ملك الواقف ، وتظهر فائدة استمرار ملك الواقف

---

(١) أما إذا علق بالموت ، فهو كالوصية ، فله الخيار وله التصرف فيه ، غير أن التصرف الناقل للملكية يعتبر رجوعاً عن الوقف . أنظر : التحفة لابن حجر : ٦/٢٥٥ .

(٢) المغني لابن قدامة : ٥/٦٩٢ .

له في أن له الولاية الدائمة على الموقوف فله أن يمنع عنه من شاء وأن يذهب في اصلاحه والنظر فيه كما يريد[1] .

وبهذا العرض الذي ذكرناه يتضح لك أن الأئمة كلهم — ما عدا أبا حنيفة — اتفقوا على لزوم الوقف بالمعنى الذي ذكرناه ، وان اختلفوا فيما بينهم في مصير ملكية الموقوف . فاختار الشافعي ان ملكيته تكون لله عز وجل أي ليست للواقف ولا للموقوف عليه ، واختار أحمد بن حنبل أنها تصبح للموقوف عليه واختار مالك أنها تظل للواقف . وقد تبين لك كما أوضحنا أنه لا لزوم بين اللزوم وسقوط الملكية ولا بين عكسيهما .

٤ — عرض أدلة المذاهب :

(استدل أبو حنيفة) على ما ذهب اليه من عدم لزوم الوقف بالمنقول والمعقول .

فأما المنقول فالحديث الذي أخرجه الدارقطني عن رسول الله ﷺ أنه قال حينما نزلت سورة النساء : (لا حبس عن فرائض الله تعالى) ومعناه أنه لا يجوز أن يحبس المال عن أوجه التصرف به ، مما شرعه الله تعالى ، والحديث الذي رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن شريح قال: جاء محمد ﷺ ببيع الحبيس ، وأخرجه البيهقي . كما استدل بما رواه ابن عبد البر عن الزهري أن عمر رضي الله عنه قال : لولا أني ذكرت صدقتي لرسول الله ﷺ لرددتها . قال : فهذا يشعر بأن الوقف لا يمنع الرجوع عنه ، وان الذي منعه من الرجوع ليس إلا أنه قد ذكره النبي ﷺ .

---

(١) جواهر الاكليل في شرح مختصر خليل : ٢/٢١١ .

وأما المعقول فعدة أمور :

أولها : أن الملكية من حيث هي ، باقية في الموقوف ، بدليل جواز الانتفاع به وبدليل أنه لا يمكن ان تزول ملكية الشيء لا إلى مالك لأنه غير مشروع كالسائبة . ثم إما أن يكون ملكاً للواقف أو غيره ، لا جائز أن يكون لغيره لأنه هو المالك الاصلي فبقي أن يكون المالك هو الواقف . وإذا ثبت ذلك ، فقد ثبت له حق التصرف بماله .

ثانيها : أن للواقف حق الولاية على الموقوف ونصب القوامة فيها لمن يشاء ، فكان شبيهاً بالعارية، ولا بد أن يكون المالك في مثل هذه الحال هو الواقف .

ثالثها : أن مزية الوقف كونه مستمر الأجر لصاحبه بسبب استمرار الصدقة . واستمرار الصدقة لحساب شخص ما يستلزم أن يكون مالكاً لأصل ما يتصدق به ، وإلا فهي ليست صدقته [1] .

وإنما يلزم الوقف اذا أضافه إلى ما بعد الموت لأنه لما أضافه إلى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج الوصية فيلزم كسائر الوصايا . وكذلك إذا حكم به حاكم فإنما يلزم الوقف بذلك لأن حكمه صادف محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده اليه . وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى اليه اجتهاده ملزم [2] .

(واستدل الجمهور) على لزوم الوقف وانقطاع حق التصرف عنه بما يلي :

أولاً : حديث الصحيحين أن عمر رضي الله عنه أصاب أرضاً بخيبر ،

---

(١) انظر ذكر هذه الادلة العقلية في الهداية للمرغيناني : ٣/١١ .

(٢) بدائع الصنائع : ٦/٢١٩ .

فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها ، فقال يا رسول الله اني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط هو أنفس عندي منه ، فقال ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها. فتصدق بها عمر على أنه لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب ولا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول مالاً . وفي رواية انفرد بها البخارى أن رسول الله ﷺ قال له : تصدق بأصله لا تباع ولا توهب ولا تورث ولكن ينفق ثمره .

ثانياً : حديث الصحيحين أيضاً أن النبي عليه الصلاة والسلام بعث عمر بن الخطاب على الصدقة ، وفيه قوله عليه الصلاة والسلام (وأما خالد فقد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله) والاعتاد الخيول ، والدلالة من الحديثين على ما ذهب اليه الجمهور واضحة .

ثالثاً : ما رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له . والمراد بالصدقة الجارية إنما هو الوقف ، ولا يكون الوقف صدقة جارية إلا إذا أصبح الوقف فيها لازماً يمنع التصرف بها ، وإلا لامتنع معنى الاستمرار والجريان فيه .

رابعاً : الحاجة ماسة في الوقف إلى أن يلزم على الدوام لحاجة الواقف إلى أن يصل اليه ثوابه على الدوام كما أشار إلى ذلك الرسول ﷺ في حديث أبي هريرة المذكور ، ولا طريق إلى تحقيق هذه الحاجة إلا لزوم الوقف .

خامساً : يقاس لزوم الوقف على لزوم المسجد إذ هو خال عن أي تملك ، وهو شرط لاستمرار ثواب من تبرع بأرض مسجداً .

سادساً : روى جابر بن عبد الله أنه لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذا مقدرة الا وقف وقطع التصرف عن العين ، واشتهر منهم

علي وأبو بكر والزبير وسعد بن ابي وقاص وعمرو بن العاص وحكيم بن حزام ، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان ذلك اجماعاً [١] .

٥ ــ المناقشة والترجيح :

قيل للجمهور :

١ ــ إن احاديث وقف الصحابة على النحو الذي ذكرتم ان صحت ، فهي محمولة على ان ذلك كله انما كان قبل نزول سورة النساء حيث لم يقع ذلك حينئذ حبساً عن فرائض الله تعالى [٢] .

٢ ــ إن حديث عمر رضي الله عنه انما يكون حجة على ابي حنيفة لو أنه قال ببيع الوقف واستبداله حتى مع اشتراط الواقف عدم ذلك . اذ ان غاية الامر ان عمر رضي الله عنه اشترط أن لايباع ولا يستبدل ، وذلك يدل على وجوب اتباع شرط الواقف ، وهذا لم يحصل أي نزاع فيه [٣] .

٣ ــ ان الحاجة الى استمرار ثواب الوقوف لا تستلزم حرمة التصرف بالموقوف ، والا لكان العمل على ثوابه واجباً ، وهذ مالم يقل به أحد ، لأن الوقف من أساسه عقدٌ مستحب غير واجب .

٤ ــ ان قياس الوقف على المسجد قياس مع الفارق ، ذلك لأن المسجد يملك خالصاً لله تعالى فلا تملك منافعه لأحد من الناس ، والموقوف تنصرف منافعه للناس بالتملك فبينها فارق يمنع القياس ، واذا ثبت التملك فلا لزوم .

---

(١) انظر المغني لابن قدامة : ٥/٤٩٠ وسبل السلام ونيل الاوطار وعامة كتب الحديث .

(٢) بدائع الصنائع : ٦/٢١٩ .

(٣) التحفة لابن حجر : ٦/٢٣٦ .

وقيل لأبي حنيفة :

١ — ان حديث (لا حبس عن فرائض الله تعالى) فيه عبد الله ابن لهيعة يرويه عن أخيه عيسى بن لهيعة ، وكلاهما ضعيفان باتفاق الرواة وعلى فرض امكان العمل به ، فالحديث انما يقصد ما كانت عليه الجاهلية من حبس الابل والبهائم عن الميراث باسم البحيرة والسائبة وأشباهها .

٢ — حديث شريح : (جاء محمد ﷺ ببيع الحبيس) مثل الاول في الدلالة والمعنى . على أنه مرسل أرسله شريح فهو لا يحتج به . ولو سلمنا بصحته ، وسلمنا بأن الحبيس عام للذي كان معروفاً في الجاهلية وغيره مما يشمل الوقف ، فانه مخصوص ولا شك بالاحاديث الصحيحة الأخرى التي استدل بها الجمهور [١] .

٣ — حديث ابن عبد البر عن الزهري أثر منقطع لأن الزهري يدرك عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، على ان قول الصحابي وعمله لا حجة فيه الى جانب النص الصريح من حديث رسول الله ﷺ .

وقيل له في دليله الاول من المعقول :

ان جواز الانتفاع بالموقف لايستلزم تعلق الملكية بعينه ، ألا ترى أن المستعير يملك حق التصرف بالمنافع مع انه ليس بمالك للعين ، واذا انتفى الدليل على ثبوت ملكية الواقف له فقد انتفى الدليل على عدم لزوم حكم الوقف ، وعلى فرض استمرار ملكية الموقوف فان ذلك لا يقتضي عدم لزوم الوقف كما أوضحنا ، اذ المحجور عليه بفلس يملك ماتحت يده من المال ، ومع ذلك فلا يجوز له التصرف به من بيع أو هبة .

وقيل له في دليله الثاني : ان حق نصب الولاية على الموقوف انما

---

(١) نصب الراية للزيلعي : ٣/٤٧٦ و ٤٧٧ .

يثبت للواقف ابتداء لا دواما ، بمعنى أنه عندما وقفه كان هو صاحب الحق في اختيار الناظر او الوالي ، لأنه كان هو المالك له اذ ذاك ، والا لما ثبت حكم الوقف بناء على وقفه ، أما في الاستمرار والدوام بعد ذلك ، فهو كغيره من الناس ، في حكم الولاية . أي ان حقه في الولاية انما تفرع عن امتلاكه السابق على الوقف . وهو لا يستلزم بحال استمرار ملكيته للموقوف فيما بعد .

وقيل له في دليله الثالث : ان استمرار الاجر للواقف ليس فرعا عن استمرار ملكه للعين ، بل هو فرع عن استمرار وجود العين الموقوفة التي تصدق بها ، والثاني لا يستلزم الاول بحال .

وقيل له دليله الرابع : نمنع استحالة زوال الملكية لا الى مالك ، بل هو جائز ، وفي الاسلام كثير من ذلك ، كما في المسجد والارض المسبلة ، اذ من المعلوم انه لاتتعلق بها أي ملكية خاصة أو عامة للانسان . كما نمنع صحة قياس الوقف على السائبة في المنع ، اذ هو قياس مع الفارق ، وذلك لاختلاف العلة في الصورتين ، فالسائبة كانت تسيب في الجاهلية تقرباً الى الاصنام دون أي نظر الى حبس منافعها على الفقراء والجهات المحتاجة ، أما الوقف فهو منوط بالقربة الى الله تعالى وحبس المنافع فيه على المحتاجين ووجوه الخير والمبرات ، وشتان بين الصورتين . وعلى فرض صحة القياس ، فقد وردت نصوص خاصة بالوقف ومشروعيته وبيان اختلافه في الحكم عن السائبة ، ومن المعلوم أنه لاقياس في معرض النص .

على ان هذه الادلة العقلية التي تمسك بها الامام ابو حنيفة ، انما تنصبّ على دعوى استمرار ملكية الواقف للموقوف . وعلى فرض ان تكون الدعوى صحيحة والادلة منتجة لذلك ، فان بقاء الملكية لا

يستلزم انتفاء اللزوم كما مر بيانه . وقد مر أن مالكاً يرى استمرار امتلاك الواقف للموقوف ، مع اتفاقه مع الأئمة في اللزوم .

التوجيه :

لابد أنك لاحظت من عرض كل ماسبق اموراً ثلاثة ، هي التي تعطينا الدلالة على الجانب الراجح في هذه المسألة .

الأمر الاول : ماصرحت به رواية البخاري من قوله ﷺ لعمر (تصدق بأصله : لاتباع ولاتوهب ولاتورث ولكن ينفق ثمره) وما دلت عليه الروايات المختلفة الاخرى من ان عمل عمر جاء مطابقاً لهذا الذي امره به الرسول ﷺ . والحديث على هذا ، (سواء من الجانب التعليمي من الرسول ﷺ أو من الجانب التطبيقي الذي فعله عمر) دليل لايقبل الشك على ان الموقوف يجمد عن التصرف بعينه وهو الحاجز الفارق الذي يفصل (الوقف) عن أوجه الصدقات الاخرى . ولقد لاحظ أبو يوسف رحمه الله هذا المعنى في دلالة الحديث فاتفق مع الجمهور ، وقال : انه لو بلغ أبا حنيفة هذا الحديث لقال به ورجع عن بيع الوقف [1] .

الامر الثاني : أن اكثر الادلة التي احتج بها أبو حنيفه تنتصب كما قلنا على دعوى استمرار تملك الواقف للموقوف . وقد أوضحنا أن بقاء الموقوف على ملكية الواقف لا يستلزم أن يكون الواقف حر التصرف بعينه ، فأدلة أبي حنيفة إذاً لاتنتج الدعوى الاساسية التي تمسك بها .

الامر الثالث : ان أبا حنيفة يتفق مع سائر الأئمة (كما هو معلوم) في أن الوقف شيء يختلف عن مطلق ما يسمى : صدقة . ومعلوم أن أكثر العقود لا يجوز الرجوع فيها بعد إنفاذها ، وذلك مثل عقد الهبة

---

(١) انظر التحفة لابن حجر : ٦/٢٣٦ وسبل السلام للصنعاني : ٣/١٣٤ .

والصدقة والبيع والاجارة . كلها لا يجوز الرجوع فيها ، فكذلك لا ينبغي الرجوع في الوقف . وهذا هو معنى اللزوم ، إذ الوقف يقتضي أن يستفيد الموقوف عليه من غلة الوقف ولا يتصرف بعينه ، فاذا قلنا انه من قبيل العقود اللازمة فليس لأحد أياً كان أن يتصرف بعين الموقوف ، وإذا عمد المالك الاصلي فتصرف فيه ، فمعنى ذلك أنه قد رجع في عقده أو تصرفه الشرعي الصحيح .

فالذي يحكم بجواز تصرف الواقف بالموقوف متى شاء ، يحكم من خلال ذلك بأن عقد الوقف جائز ، ويحكم بفصل هذا التصرف عن جميع نظائره من التصرفات الاخرى : كالهبات والصدقات ، التي تعتبر عقودها لازمة لا ينبغي الرجوع فيها إلا في حالات استثنائية . وهذا الفصل والتفريق في الحكم ، فصل بدون أي موجب يقتضي ذلك .

فهذه الامور الثلاثة ، ومعها رأي الجمهور واتفاقه — تدلنا على أرجحية القول بلزوم الموقوف وبحرمة التصرف بعينه من قبل أي كان . سواء قلنا إن الملكية قد ارتفعت عنه أو قلنا أنه لا يزال مملوكاً للواقف . أو قلنا إن ملكيته تحولت إلى الموقوف عليه .

والله سبحانه وتعالى أعلم .

أثر الخلافات الأصولية في الخلاف في هذه المسألة :

نلاحظ أن ثمة مسألتين قد ساهمتا في إثارة الخلاف حول هذا الموضوع .

أولاهما — عمل الصحابي هل يعتبر حجة بحد ذاته أم لا ؟ مسألة اختلف فيها علماء الأصول . وقد رأيت أن الحنفية استدلوا — فيما استدلوا به لمذهبهم في هذا البحث — بعمل عمر بن الخطاب ، وهو كما رأيت رأي له وليس حديثاً مرفوعاً ولا هو في قوة المرفوع . وقد كان عذر الجمهور في عدم الأخذ به ما تمسكوا به من أن الصحيح عندهم أن عمل الصحابي ليس بحجة .

ثانيها – هل الملكية قابلة للاسقاط ، أم هي لا تقبل ذلك وإنما يجري فيها التحويل ؟ وهذه مسألة تتعلق بقاعدة فقهية عامة ، وقد ذهب جمهور الفقهاء من مختلف المذاهب إلى أن الملكية غير قابلة للاسقاط ، فمن تخلى عن ملكيته لمال عيناً كان أو غيره ، فإن ذلك لا يعتبر منه إسقاطاً لملكيته له .

وقد رأيت أن الحنفية اعتمدوا – فيما اعتمدوه من أدلة – على هذه القاعدة في عدم لزوم الوقف إذ اعتبروا أن لزومه فرع عن سقوط ملكية الواقف عنه . ولما كان ذلك غير معتبر شرعاً فقد كان القول بلزومه قولاً لا موجب له ولا دليل عليه .

أما الجمهور ، فالذي دعاهم إلى مخالفة الحنفية في ذلك ، رغم اتفاقهم معهم على أصل القاعدة ، هو أن مسألة الوقف مستثناة من عمومها ، شأنها كشأن الأرض التي جعلها مالكها مسجداً . أو أن امتلاكها تحول من حق الفرد إلى الحق العام المتمثل في الجهة التي وقف لها إن كانت جهة عامة .

الشروط الجعلية في العقود عامة

والنكاح خاصة

١ ـ تحرير المقصود بهذا العنوان :

المقصود بالشروط الجعلية في العقود ، كل قيد يأتي في طريق اطلاق العقد ويحده من عمومه ، سواء من حيث الاحوال والزمان والصفات . فيدخل فيه العقد المعلق والمؤقت والمشروط بصفات أو حالات معينة، غير التي عرفت بالشرع وعموم أحكامه .

٢ ـ تحقيق في الموضوع عن طريق القواعد والادلة :

وتعود علاقة هذا البحث في الاصل الى قاعدة الالتزام في الشريعة الاسلامية . ومن المعروف أن الالتزامات تكون شرعية يجب الوفاء بها إذا جاءت عن طريق من الطرق التالية :

١ ـ النـــذور إذا كانت وافية بشروطها الشرعية ، لقوله تعالى (وليوفوا نذورهم)(١) .

٢ ـ الأيمان ، لقوله تعالى (ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا)(٢) .

---

(١) الحج : ٢٩ .

(٢) النحل : ٩١ .

٣ ـ العقود الشرعية الصحيحة ، لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)[١] .

إلا أن العقود تنقسم إلى نوعين :

عقود جعلية : بمعنى أنه اصطلح واتفق عليها المتعاقدان دون أن يكون لها جوهر ذاتي شرعي سابق ، كالمعاهدات التي تكون بين شخصين أو قبيلتين ، وكالمحالفات الانسانية الصحيحة ، وكالتزام المواثيق والشروط .. فكل ذلك يجب الوفاء به ، وكل ذلك مما يدخل تحت قوله تعالى (اوفوا بالعقود) وقول الرسول عليه الصلاة والسلام : (المسلمون عند شروطهم) .

وعقود شرعية : أي لها حقيقة وضوابط شرعية معروفة . يجري على أساسها تعاقد الناس واتفاقاتهم .

فهذه العقود ، تستلزم ارتباط أصحابها بما في مضمونها من الالتزامات الشرعية التي نصت عليها الشريعة الاسلامية ، لا خلاف في ذلك . فيلتزم البائع إعطاء السلعة للمشتري ، ويلتزم المشتري دفع القيمة ، ويلتزم الزوج الانفاق على الزوجة إذا توفرت شروط ذلك ، سواء نص على ذلك في العقد أم لا .

أما إذا استزاد أحد المتعاقدين أو كلاهما قيوداً والتزامات أخرى ، غير التي جاءت في مضمون الشرع وأحكامه المنصوص عليها ، فلا تخلو : إما أن تكون قيوداً تكميلية وتحسينية للعقود والالتزامات الشرعية الأساسية الموجودة فيها ، واما أن تكون قيوداً مخالفة لمقتضى العقد وجوهره أو مخالفة لشيء مما يترتب عليه .

(١) المائدة : ١ .

ففي الحالة الاولى ، ينبغي أن تعتبر القيود المزيدة على مـا يتضمنه العقد من الاحـكام ، ما دامت أنها تؤكدها بالتحسين والتكميل ، إذ يعتبر أنها جميعاً من جنس واحد ، وذلك مثل اشتراط المشتري على البائع أن يكون المتـاع الذي يشتريه من النوع الممتاز أو أن يكون القماش الذي ابتاعه مما لا يتغير صباغه أو لا يتقلص بالماء طوله .

أما في الحالة الثانية فإن تلك القيود باطلة باتفاق ، ولكن هل تأتي على العقد الشرعي نفسه أيضاً بالنسخ والبطلان ، وذلك لمخالفتـه لجوهره أو لمخالفته لما يترتب عليه ؟ هذا هو محل النظر والخلاف فالبعض يغلب العقد على الشرط ، فيصحح العقد ويلغي الشرط ، والبعض يغلب الشرط على العقد فيلغي العقد بسبب بطلان ما تلبس به من الشرط .

هذا من حيث مقتضى القواعد .

أما من حيث الأدلة النقلية الواردة في الموضوع ، فقد وردت عدة أحاديث وآثار في ذلك ، ونحن نلفت نظرك إلى أننا سندير الحديث على عقد النكاح ، ولكن جميـع ما يجري فيه من خلاف ووفاق بين الأئمة بناء على الأدلة والقواعد ينطبق على العقود الشرعية الاخرى .

أولاً : ما رواه الشيخان عن رسول الله ﷺ أنه قال (ان أحق الشروط أن يوفى به ، ما استحللتم به الفروج) .

ثانياً : ما رواه الشيخان عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال (مابال رجال يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مئة شرط) .

ثالثاً : ما رواه مالك في الموطأ أن سعيداً بن المسيب سئل عن المرأة تشترط على زوجها أن لا يخرجها من بلدها ، قال سعيد : يخرج بهـا إن شاء [1] .

---

(١) انظر موطأ الامام مالك : ٢/٥٣٠ ، والجامع الصغير للسيوطي : ٥/١٢٠ والنووي على مسلم : ٩/٢٠٢ .

رابعاً : ما روى من أنه رفع الى عمر بن الخطاب رجل كان قد تزوج امرأة اشترطت عليه السكنى في دارها ، فقال (لها شرطها والمسلمون عند شروطهم)[1] .

خامساً : ما رواه النسائي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : (أيما امرأة نكحت على صداق أو حباء أو عدة قبل عصمة النكاح فهو لها ، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه وأحق ما أكرم عليه الرجل ابنته أو اخته) .

سادساً : ما رواه البخاري موقوفاً على عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال : مقاطع الحقوق عند الشروط ، أي أن الشروط هي التي تبين حدود الحقوق التي يجب الوفاء والاخذ بها .

وبناء على مجموع ما قد تقرر في هذا البحث من القواعد وما قد ورد فيه من الاحاديث والآثار ، تحدث الأئمة في حكم الشروط الجعلية في النكاح . وهم وان اختلفوا فيما بينهم في كيفية تطبيق هذا البحث على الادلة والقواعد ، فهم متفقون على أصل القاعدة التي أسلفنا بيانها .

٣ — عرض المذاهب والادلة في ذلك :

ولنشرع الآن في ذكر آراء المذاهب في القيود الجعلية بنوعيها السابقين ، مشفوعاً رأي كل مذهب بدليله .

(الشافعية) : قالوا القيود الجعلية في النكاح اما أن تكون : تعليقاً ، أو تأقيتاً ، أو ربطاً بشرط .

فأما التعليق والتأقيت ، فانها يبطلان عقد النكاح من أساسه ، لأن كلا منهما ينافي جوهر عقد النكاح في الشريعة الاسلامية ، فاذا أخذ كل

(١) انظر قصة هذا الحديث في فتح الباري : ٩/١٧٢ و ١٧٣ .

منها بالقبول والاعتبار ، فقد فاتت حقيقة العقد المقيد به ، لفوات أهم مقوماته الجوهرية ، وحينئذ يبقى القيد بدون مقيد ، فيلغوان معاً [١] اللهم إلا أن يكون التعليق تعليقاً لفظياً لا أثر له في مخالفة طبيعة العقد وجوهره ، كما لو قال : إن كانت بنتي لا تزال حية فقد زوجتكها ، وذلك بأن كانت غائبة ومريضة مثلاً ، فقد أجازه كثير من علماء المذهب ومنهم البلقيني رحمه الله [٢] .

وأما الشرط ، فينظر فيه ، فان كان منافياً لجوهر العقد ، كاشتراط أن تكون معتدة أو أن لا يطأها ، فحكمه حكم التعليق والتأقيت لما مضى بيانه . وإن لم يكن منافياً لجوهره ولكن كان منافياً لبعض ما يترتب عليه مثل الانفاق والعدالة في القسمة بينها وبين ضرتها ، وذلك كأن تشترط المرأة أن لا تخرج من بلدتها أو لا تسكن مع ضرتها أو نحو ذلك ، فالعقد صحيح والشرط باطل ، وإن كان مما ينسجم مع عقد النكاح وطبيعته ومقتضياته مثل اشتراط الجمال أو البكارة وكاشتراط حسن العشرة والكسوة وأن لا يقصر في شيء من حقها وأن لا تخرج إلا باذنه فان كلا من العقد والشرط صحيح [٣] .

وبهذا يتبين أن كلا من نكاح الشغار والنكاح المؤقت : (المتعة) نكاح باطل عند الشافعية . والشغار هو أن يقول الرجل للآخر : أزوجك أختي على أن تزوجني أختك على أن يكون مهر كل واحدة منها نكاح الاخرى .

---

(١) انظر التحفة لابن حجر : ٧/٢٢٣ ومغني المحتاج للخطيب الشربيني: ٣/١٤١

(٢) انظر المرجع السابق .

(٣) انظر النووي على صحيح مسلم: ٩/٢٠٢ وفتح الباري على البخاري: ٩/١٧٤

ودليل الشافعية على ما ذهبوا اليه :

١ ـ القاعدة التي بيناها في حكم الالتزامات .

٢ ـ حديث : (ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل..) وقد سبق ذكره ، والحديث الذي رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال (لا يحل لامرأة تسأل طلاق اختها ، لتستفرغ صفحتها ، فانما لها ما قدر لها) وما رواه البخاري أيضاً موقوفاً على ابن مسعود أنه قال : (لا تشترط المرأة طلاق اختها) . قالوا فهذه الأحاديث قد خصصت عموم حديث (ان أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج)[١]

٣ ـ قاعدة أن النهي عن الشيء إن كان عائداً إلى المنهي عنه بذاته فهو يستلزم البطلان وإن كان عائداً إلى أمر زائد على المنهي عنه يمكن فكه عنه ، فهو يستلزم الحرمة ولا يستلزم البطلان . وتطبيق ذلك يقتضي القول ببطلان العقد إذا أنيط به شرط مخالف لجوهره ، ويقضي بعدم بطلانه إذا أنيط به شرط ينافي ناحية ثانوية متعلقة به بل يكتفي ببطلان الشرط وحده .

(الحنفية) قالوا ان القيود الجعلية تنقسم إلى تعليق وشرط .

فأما التعليق ، فاما أن يكون على ماض أو مستقبل . فان كان على أمر ماض واقع في نفس الامر صح النكاح وانعقد في الحال ، وذلك لأن التعليق شكلي بحت ، أما في الواقع ونفس الامر فلا تعليق فيه .

قال صاحب الدر المختار : (.. إلا أن يعلقه بشرط ماض كائن لا محالة ، فيكون تحقيقاً ، فينعقد في الحال ، كأن خطب بنتاً لابنه ،

---

(١) سبل السلام : ٢/١٩٢ والنووي على مسلم : ٩/٢٠٣.

فقال أبوها : زوجتها قبلك من فلان ، فكذبه فقال : إن لم أكن زوجتها لفلان فقد زوجتها لابنك ، فقبل ، ثم علم كذبه ، انعقد لتعليقه بوجود)[1] .

وإن كان التعليق على مستقبل ، فان كان أمراً محقق الوقوع مثل تزوجتك إن طلعت الشمس أو جاء الليل ، فالعقد صحيح أيضاً لأن التعليق صوري ، معلوم النتيجة ، أما إذا كان غير محقق الوقوع مثل : تزوجتك إن رضي أبي أو قدم أخي من السفر فالعقد باطل[2] .

وأما الشرط ، فلا أثر له في ابطال عقد النكاح مهما كان نوعه .

ولكن ما هو حكم هذا الشرط من حيث وجوب الوفاء به وعدمه ؟ تنقسم الشروط من هذه الناحية إلى ثلاثة أقسام :

القسم الاول : شروط لا يجوز الوفاء بها ، وهي الشروط التي تخالف نظام الزواج وطبيعته ، كاشتراط أن لا ينفق عليها أو أن لا ترثه أو أن لا يعاشرها معاشرة الازواج .

القسم الثاني : شروط يجب الوفاء بها ، وهي ما يتفق مع طبيعة العقد ونظامه ، كاشتراط أن تكون القوامة في البيت للرجل ، وأن لا تخرج من دون اذنه .

القسم الثالث : شروط لا مانع من الوفاء بها ، بل الشارع يطالب بالوفاء بها ، نظراً للقواعد العامة التي تأمر بالوفاء بالعهد والتزام المواثيق المتفق عليها ، وان كان اهمالها لا يضر بالعقد ضرراً ما . وهي تلك

---

(١) تنوير الابصار وشرحه الدر المختار : ٢/٣٠٣ .

(٢) المرجع السابق .

الشروط التي لا علاقة لها بنظام الزواج ولكنها تتفق مع رغبة المشترط ومصلحته الخاصة ، كاشتراط أن لا يخرجها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها .

ويبقى السؤال عن شرط نص الحديث الصحيح على النهي عنه ، وهو أن تشترط عليه طلاق زوجته السابقة ، فقد روى البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : (لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صفحتها ، فإنما لها ما قدر لها)

والراجح أن الاشتراط من المرأة محرم ، لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل ، والوفاء بذلك من الزوج مكروه ، إلا أن يوجد سبب آخر للطلاق [1] .

وعلى هذا ، فلا يكلف الزوج – نظراً لتبعات عقد الزواج – بتنفيذ أي شرط من الاقسام المذكورة إلا ما كان متفقاً مع طبيعة الزواج ونظامه .

ولكنهم استثنوا من عموم ذلك ما لو اشترطت المرأة أن يكون لها حق تطليق نفسها فقد ذهبوا إلى أنه شرط يجب الوفاء به من قبل الزوج ، وتعطى الزوجة بناء على ذلك حق تطليق نفسها متى شاءت . وقد كان مقتضى قواعدهم عدم اعتبار هذا الشرط ، كغيره ، ولكنهم خالفوا فيه استحساناً ، إذ قد يترتب على هذا الشرط مصلحة للزوجين[2] .

ويعلل المرحوم الدكتور مصطفى السباعي ذلك بعلة اخرى فيقول : لأنه في الحقيقة تمليك من الزوج للزوجة حقاً يملكه بعد العقد في كل وقت ، فله أن يفوضها – بعد العقد – بالطلاق متى شاء ، فليس ذكر

---

(١) انظر فتح الباري : ٩/١٧٥ .

(٢) انظر فتاوي قاضيخان : ١/٣٣٠ .

ذلك في العقد من قبيل الشروط وانما هو تعجيل لتفويضها بالتطليق حين تريد (١) .

ودليل الحنفية على ما ذهبوا اليه :

القواعد والاحاديث السابقة ، ولكنهم طابقوا بينها وبين مذهبهم بما يلي :

قالوا : أولاً : التعليق على الامر الماضي ليس في الحقيقة تعليقاً ، وإنما جاءت صياغته في شكل التعليق ومظهره ، فلا تنافي بينه وبين طبيعة العقد . والعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالالفاظ والمباني .

وقالوا : ثانياً : صح عن رسول الله ﷺ قوله : (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) وانه قال : (المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) (٢) وعليه فكل الشروط التي لا تتفق مع نظام الزواج لا يجب الوفاء به ويطرح عن الحسبان نظراً للحديث الاول ، وكل ما لم يؤثر على طبيعة الزواج وأحكامه طولب الزوج بالوفاء به ديانة نظراً للقواعد الاسلامية العامة التي جاء بها مثل هذا الحديث .

ثم هم بالنسبة للشروط المخالفة لنظام الزواج ، بين أن يغلبوا قوة العقد على فساد الشرط ، فيظل العقد بذلك صحيحاً ، وبين أن يغلبوا فساد الشرط على قوة العقد ، فيصبح العقد بذلك باطلاً . ولكنهم رجحوا النظرة الاولى ، تمسكاً بما فهموه من حديث (كل شرط ليس في كتاب الله فهو رد) فقد فهموا أن النبي ﷺ حكم ببطلانه رأساً ، فهو إذاً في حكم الملغي أو المفقود الذي لا أثر له ، فكيف يتسبب عنه بطلان أصل العقد .

---

(١) شرح قانون الاحوال الشخصية للدكتور السباعي : ١/٢٠ .

(٢) رواه الترمذي .

ومن نتائج ما ذهب اليه الحنفية في أمر التعليق بالشروط ، قولهم بصحة نكاح الشغار على أن يثبت به مهر المثل ، وقولهم بصحة اشتراط الخيار في النكاح مع بطلان الخيار[1] .

(المالكية) : قالو إن القيود الجعلية لاتخلو أن تكون صورة من الصور التالية : الصورة الاولى ، ان يتقيد النكاح بأجل معين أو يعلق على أجل معين ، مثال الحالة الاولى نكاح المتعة سواء كان بلفظ المتعة أو الزواج ، ومثال الحالة الثانية أن يقول لها ان مضى شهر فأنا أتزوجك ، فرضيت أو رضي وليها ، واعتبر هذا اللفظ منها هو الصيغة، فيلغو النكاح في هذه الصورة بحالتيها .

الصورة الثانية : أن يعلق النكاح بشرط يخالف العقد أو يخالف بعضاً مما يترتب على العقد ، كأن يشترط الخيار لها أو لأحدهما ، أو كأن يقول : ان لم تأت بالصداق الى يوم كذا فلا نكاح ، أو كان يشرط الزوج أن لايقسم لها أو لاينفق عليها ، أو كأن يشرطا الصداق خمراً أو خنزيراً . فالنكاح في هذه الصورة يفسخ قبل الدخول ، فاذا حصل الدخول صح النكاح ووجب مهر المثل ولاقيمة للشرط .

الصورة الثالثة : ان يشترط في النكاح شرطاً لايقتضيه العقد ولا ينافيه ، وذلك كأن تشترط على الزوج ان لايتزوج عليها أولا يخرجها من بلدتها فمثل هذا الشرط مكروه والنكاح في هذه الصورة صحيح ، ولا يلزم الوفاء بالشرط وانما يستحب ديانة ، قالوا : وانما كره الشرط لما في ذلك من التحجير الذي لا مقتضي له[2] .

---

(١) انظر المبسوط للسرخسي : ٩٤/٥ و ١٠٥ .

(٢) انظر الشرح الكبير على مختصر خليل : ٢١٢/٢ وجواهر الاكليل : ٢٨٤/١ .

ولكن انظر ، ما معنى قولهم عن النكاح في الصورة الثانية : انه يفسخ قبل الدخول ويثبت بالدخول .

مقتضى قولهم هذا ان العقد موقوف فان تبعه دخول ، نفذ واستقر حكمه وإلا فسخ . خصوصاً وانّ الفسخ انما هو فرع عن الصحة ، فالنكاح على كل ليس باطلًا بذاته ، وانما يجب فسخه ان لم يتبعه دخول . فكأنهم ينهجون في هـذه المسألة منهج الحنفية في التفريق بين الفساد والبطلان . ويدل على هذا ما استظهره ابن رشد في كتابه بداية المجتهد من معنى أنه يفسخ قبل الدخول لابعده فقد قال : (وكأن هذا راجع عنده - أي عند الامام مالك - الى قوة دليل الفسخ وضعفه ، فمتى كان الدليل عنده قوياً فسخ قبله وبعده ومتى كان ضعيفاً فسخ قبله ولم يفسخ بعده . .) [١]

ثم ان مقتضى تقسيم التعليق الى هذه الصور الثلاث مع ما ذكرناه من حكم كل منها - ان يكون نكاح الشغار من قبيل الصورة الثانية ، وأن يكون حكمه الفسخ قبل الدخول لابعده . ولكنهم اتفقوا على بطلانه وانه لايصحح بعد الدخول بمهر المثل ، وذلك لثبوت النهي عنه بذاته [٢] .

ودليل المالكية على ماذهبوا اليه مايلي :

١ - تعليق نهاية النكاح بأجل داخل في المتعة وهي محرمة بالنص سواء كان باسم المتعة او النكاح . وتعليق بدايته بأجل صورة أخرى من المتعة فالدليل فيهما واحد وهو يقتضي البطلان [٣] .

---

(١) انظر بداية المجتهد : ٢/٥٩ .
(٢) انظر المرجع السابق : ٢/٥٧ .
(٣) الشرح الكبير : ٢/٢١٣ .

٢ ـ قالوا أن الشروط المنافية للعقد أو المنافية لشيء من آثاره ومقتضياته ينبغي ان تكون باطلة بدليل حديث (ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط) وبدليل حديث (المسلمون على على شروطهم الا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) وهذا قد حرم الحلال الذي لم يحجر الشارع بـه على الزوج ، والأحاديث العامة المخالفة مخصوصة بهذا الحديث كما قال الشافعي ، قالوا : وأما العقد نفسه فتحقيقه : أن النكاح الفاسد لايخلو أن يكون متفقاً على فساده أو مختلفا فيه ، فان كان متفقاً على فساده لم يوجب حكماً ولا حرمة وكان وجوده كعدمه ، وان كان مختلفاً فيه تعلق به من الحرمة والأثر ما يتعلق بالصحيح لاحتمال أن يكون نكاحاً صحيحاً .

ولذلك قالوا في أمثلة الصورة الثانية : يفسخ قبل الدخول فاذا دخل ثبتت حرمته وأصبح صحيحاً واستحق بذلك مهر المثل [1] .

٣ ـ إن الشروط التي ليست ذات علاقة بالعقد نفياً أو اقتضاء تعتبر مما ليس في كتاب الله ، إذ هي ليست مما التزمه عقد الزواج ، ولذلك لا يجبر الطرف الآخر على الوفاء بها . غير انه يسن الوفاء بها عملاً بقوله ﷺ (ان أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج) وبذلك يتم الجمع بين الحديثين ويمكن العمل بهما معاً .

(احمد بن حنبل) : تنقسم القيود الجعلية إلى ثلاثة أقسام :

القسم الاول : شروط لا يقتضيها العقد ولا ينافيها ولكن فيها فائدة للمشترط ، مثل أن تشترط أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها أو لا يتزوج عليها . فهذا يلزمه الوفاء لها به ، وإن لم يفعل فلها

(١) انظر أحكام القرآن لابن العربي : ١/٣٧٠ وبداية المجتهد : ٢/٥٩ .

فسخ النكاح ، إلا أن تشترط عليه طلاق ضرتها ، فهو شرط باطل لورود النهي عنه بخصوصه .

القسم الثاني : شروط تخالف مقتضى العقد ، ولكنها تعود إلى معنى زائد عليه لا يشترط ذكره فيه ولا يضر الجهل به . مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو انه لا ينفق عليها أو أن تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل أو أكثر من قسم صاحبتها . فالشرط في كل ذلك باطل والعقد صحيح .

القسم الثالث : شروط تخالف جوهر العقد ومبناه أو تعليق النكاح على زمن أو حدوث شرط ، مثل أن يشترطا تأقيت النكاح أو أن يطلقها في وقت معين ، أو أن يقول الولي زوجتك إن رضيت أمها أو يشترط الخيار في النكاح لها أو لاحدهما أو أن يقوم العقد على أساس الشغار . فهذه الشروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح أيضاً .

وهل يدخل في هذا القسم الثالث ما لو قال : زوجتك إن جئت بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بيننا ؟ .

روي عن الامام أحمد في ذلك روايتان : احداهما أنه يبطل العقد من أصله بذلك ، فهو داخل في القسم الثالث إذ هو تعليق للنكاح على شرط وزمن ، والرواية الثانية أن النكاح صحيح والشرط باطل فهو داخل على ذلك في القسم الثاني [1] .

ودليل الامام أحمد على مذهبه هذا ما يلي :

١ — حديث رسول الله ﷺ (ان أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج) وقوله ﷺ (المسلمون عند شروطهم) فهذان

(١) المغني لابن قدامة : ١٤/٧ و ١٥ .

الحديثان يقضيان بصحة القسم الاول من القيود والشروط . وهي بعد ذلك شروط لا تمنع الوفاء بالمقصود من النكاح وأحكامه ، وإذا ثبت وجوب الوفاء به ، ثبت بالضرورة حق الفسخ للمتضرر عند عدم الوفاء .

٢ ـ القاعدة الاصولية المعروفة ، وهي أن النهي عن الشيء إذا كان عائداً إلى المنهي عنه بذاته أو عائداً إلى صفة متعلقة به لا يمكن أن تنفك عنه ، فهو نهي يقتضي البطلان ، وأما إذا كان عائداً إلى صفة غير متعلقة به ويمكن انفكاكها عنه ، فهو لا يقتضي بطلان النهي عنه .

وعلى ذلك فينبغي أن تقسم الشروط المخالفة لطبيعة العقد إلى هذين القسمين . فما كان عائداً منها إلى معنى زائد عن العقد كأمثلة القسم الثاني ينبغي أن لا تكون مؤثرة في بطلان العقد نفسه وما كان عائداً إلى معنى مستكن في العقد نفسه كأمثلة القسم الثالث ينبغي أن يكون التزامه اخلالاً بالعقد نفسه فيكون بذلك باطلاً .

تلخيص لآراء الأئمة في هذه المسألة :

يتبين لك من عرض هذه المذاهب وأدلتها ما يلي :

أولاً : التأقيت والتعليق يبطل النكاح مطلقاً عند الأئمة : الشافعي ، مالك ، احمد بن حنبل . ويبطله عند أبي حنيفة بتفصيل ، خلاصته أن النكاح يبطل به ما لم يكن المعلق عليه ماضياً قد وقع ، أو مستقبلاً سيقع بيقين .

ثانياً : الشرط المخالف لجوهر العقد ، يبطل النكاح مطلقاً عند الامامين : الشافعي وأحمد بن حنبل ، ويبطله قبل الدخول لا بعده عند الامام مالك ، ولا يبطله مطلقاً عند ابي حنيفة .

ثالثاً : الشرط المخالف لشيء من مقتضيات العقد يبطل ولكنه لا يبطل

العقد عند كل من الشافعي والامام أحمد وابي حنيفة . ويبطله قبل الدخول لا بعده عند مالك .

رابعاً : الشرط الذي يتعرض له العقد وفيه منفعة للمشترط ، ينبغي الوفاء به ديانة عند ابي حنيفة رحمه الله ، ولا عبرة به عند الشافعي ، ويسن الوفاء به عند مالك ، ويجب الوفاء به بموجب التعاقد عند أحمد ، بحيث لو لم يف به جاز فسخ العقد

* * *

٤ — مناقشة المذاهب وأدلتها :

لدى التأمل في هذا التلخيص الاخير عن مذاهب الأئمة ، يتبين لك أن الخلاف الجوهري بين الأئمة في هذه المسألة محصور في نقطتين اثنتين :

النقطة الاولى : عدم تأثير الشرط مطلقاً على صحة العقد ، فهو مذهب انفرد به ابو حنيفة رحمه الله ، وخالفه فيه الباقون .

النقطة الثانية : الشروط التي يتعلق بها غرض شخصي وليس للعقد علاقة بها . فقد اختلف الامام احمد عن بقية الأئمة في وجوب الوفاء بها وفي ثبوت حق الفسخ لدى عدم تنفيذها .

وقد رأينا أن دليل أبي حنيفة رحمه الله في النقطة الاولى هو أن الشرط ما دام باطلاً فهو محكوم عليه بالعدم ، فكيف يكون له تأثير مع ذلك على العقد ، وقد أبطل الرسول ﷺ الشرط بعبارة تدل على أن العقد لا يتأثر به ، وذلك عندما قال (ما كان من شرط ليس في كتاب الله ، فهو رد) أي فهو محجوز عن دائرة العقد الشرعي والاعتراف به .

والذي يمكن أن يناقش به كلام أبي حنيفة هذا ، هو إلزامه بالقاعدة الاصولية التي تقضي بأن النهي العائد إلى المنهي عنه بذاته يستلزم البطلان كما سبق بيانه .

ولكن يمكن أن يجاب على ذلك بجوابين :

الاول : إن أبا حنيفة لا يلتزم بهذه القاعدة ، والمعروف في أصول الحنفية أن النهي عن الشيء لا يستلزم بطلان المنهي عنه ، وإن كان المنهي عائداً إلى شيء داخل في قوام المنهي عنه ، بل هو دليل على العكس . ذلك أن النهي عن الشيء لا يكون إلا حيث يتصور وقوع ذلك الشيء ، وإنما يتصور الشارع وقوع الشيء بمعناه الشرعي لا بمعناه الحسي . وعلى ذلك فالنهي عن اشتراط ما لا يتفق مع جوهر العقد ، أثناء التعاقد ، دليل على الامكان الشرعي لوقوع مثل هـذا العقد ، وهو برهان انه صحيح . فان قيل : فالشارع قد نهى عن الصلاة من غير وضوء وبدون استقبال القبلة ، فالمقتضى إذاً أن تكون هذه الصلاة صحيحة ، فالجواب : أن النهي هنا ليس نهياً حقيقياً وإنما هو بمعنى النفي ، فكأن الشارع يخبر عن أنه لا توجد صلاة شرعية من دون وضوء[1] .

الثاني : ان المتعلق بالشرط المنافي للعقد إنما هو النفي وليس النهي . فليس في شيء من الاحاديث المتعلقة بهذا البحث صيغة نهي عن الشرط المنافي للعقد ، وإنما الموجود هو النفي أي الاخبار بالبطلان ، وذلك لا علاقة له بأمر العقد صحة وبطلاناً .

هذا وأنا لم أقف على رد الحنفية على المناقشين بهذين الدليلين ، ولكنه مقتضى قواعدهم العامة في الاصول والفقه .

أما النقطة الثانية ، فقد ذكرنا دليل الامام احمد فيها ، وهو حديث (ان أحق ما وفيتم به من الشروط ... الحديث) ولعله يستدل أيضاً بعمل بعض الصحابة والتابعين إذ هو مأثور عن عمر بن الخطاب وسعد

(١) انظر شرح مسلم الثبوت ١ /٣٩٦ .

ابن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص وشريح وعمر بن عبد العزيز وطاوس وجابر بن زيد وغيرهم .

وقد نوقش هذا الرأي من قبل المخالفين بما يدل عليه قول النبي ﷺ : (ما كان من شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وإن كان مائة شرط) وهذا ليس في كتاب الله لأن الشرع لا يقتضيه ، ولأن اطلاق العقد ينافي هذا التحجير ، وما يدل عليه قوله ﷺ (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) فهذا من شأنه — إذا قلنا بوجوب الوفاء به — أن يحرم الحلال . قالوا ، ولا بد أن الاطلاق في الحديث الذي استدل به الامام احمد محمول على تلك الشروط المكملة والمؤكدة لمقتضى أصل العقد ، جمعاً بين الاحاديث كلها .

فأما عمل الصحابة ، فهو بحد ذاته ليس حجة على الصحيح ، وكذلك عمل التابعين واجتهاداتهم باتفاق .

ويجيب الحنابلة على هذه الأدلة بقولهم :

أولاً : ليس معنى حديث (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) ، ما ذكرتم ، وإنما المعنى : كل شرط ليس في حكم الله وشرعه ، وهذا مشروع بالأدلة التي ذكرناها . فبقي الخلاف إذاً في مشروعيته ، وعلى من نفاها أن يأتي بالدليل .

ثانياً : ليس في اعتبار هذه الشروط ووجوب الوفاء بها ما يحرم حلالاً ، بل هو يظل حلالاً ، وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها بالشرط .

ثالثاً : لا نسلم أن في هذه الشروط تحجيراً يتنافى مع مصلحة العقد واطلاقه ، فان اشتراط عدم الزواج عليها ، مثلاً : من مصلحة المرأة ،

وكل ما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده أيضاً ، وذلك كاشتراط الرهن والضمان في البيع .

رابعاً : لا يتصور انفكاك وجوب الوفاء بالشرط عن ثبوت حق الفسخ عند عدم الوفاء . ذلك لأنه شرط لازم قد ثبت في عقد،فينبغي أن يثبت حق الفسخ عند ترك الوفاء به كالرهن والضمين في البيع(١) .

* * *

٥ ـ الترجيح :

والذي تسكن اليه النفس ، لدى التأمل في مجموع الأدلة وما دار حولها من بحث ونقاش ، هو اعتبار الشرط المنافي لجوهر العقد مؤثراً في ابطال العقد نفسه لما يلي :

١ ـ قرر الحنفية بطلان العقد المعلق والموقوت ، فما الفرق بين التوقيت والتعليق وبين الشرط المنافي لطبيعة العقد ؟

٢ ـ كان من مقتضى أدلة الحنفية وردودهم على مخالفيهم بصدد قاعدة (النهي عن الشيء) أن لا يبطل النكاح المعلق أيضاً ، إذ ما الفرق ؟ كلاهما منهيّ عنه ، وما دام النهي عن الشيء لا يستلزم بطلانه ، بل يستلزم صحته كما قالوا ، فقد كان ينبغي أن تكون كلا الصورتين صحيحة .

٣ ـ اتفق الحنفية مع الجمهور على بطلان المتعة ، ومعلوم أن دليل البطلان هو نصوص الأحاديث الواردة في ذلك ، ولكن ما السبب ؟.. مما لا شك فيه أن السبب هو ارتباط العقد بقيد ينافي جوهره وطبيعته . فاذا كان كذلك أفليس من مقتضى حكم القياس الصحيح حمل الشرط المنافي لطبيعة العقد أياً كان هذا العقد على اشتراط التأقيت ؟ .

---

(١) المغني لابن قدامة : ١٤/٧ بتصرف في العبارة .

أما الشروط التي لا تمس طبيعة العقد ولكن فيها مصلحة للمشترط ، فالذي تدل عليه القواعد هو ضرورة الالتزام بهذه الشروط ديانة ، إذ المشروط في أصله وإن لم يكن من الواجب القيام به ولكن الالتزام به والاتفاق عليه صيّره واجباً ، بدلالة عموم ما جاء من النصوص على وجوب الوفاء بالمواثيق والعهود ولكن هذا لا يستلزم ثبوت حق الفسخ للطرف الآخر ، اذ ليس كل تقصير في الواجبات الزوجية وآدابها يكون سبباً لثبوت حق الفسخ فيه ، كما هو معروف ، كما أنه ليس كل تقصير في الوفاء بالشروط المتفق عليها يكون سبباً لحق الفسخ في مختلف العقود الأخرى .

٦ ـــ أثر الخلافات الأصولية في الخلاف في هذه المسأله :

لعلّ المسألة الأصولية التي لعبت دوراً كبيراً في الخلاف في هذه المسألة ، هي مســـألة النهي عن الشيء هل يستلزم فساده وبطلانه أم لا يستلزم ذلك ؟

من المعروف أن الحنفية ذهبوا إلى أن النهي بحد ذاته لا يستلزم بطلان المنهي عنه ، بل هو دليل على صحته في الأصل ولولا ذلك لم يتصور ورود النهي عنه ، لأن النهي إنما يرد على شيء متصوّر الوقوع وإلا كان النهي عنه عبثاً . ومن هنا لم يقولوا بأن النهي عن الربا يستوجب بطلان البيع الذي دخل فيه الربا ولم يقولوا بأن النهي عن صوم أيام التشريق يدل على بطلان الصوم فيها .

ومقتضى قاعدتهم هذه أن يقولوا إن النهي عن اشتراط ما لا يتفق مع طبيعة العقد ، لا يدل على بطلان العقد الذي تلبس به .

هذا على حين خالف بقية الأصوليين الحنفية في هذا الرأي ، وقالوا إن النهي يستلزم بطلان المنهي عنه إذا كان سبب النهي متصلاً بجوهر المنهي عنه غير قابل للانفكاك عنه أو كان داخلاً في قوامه

وحسبنا بيان هذا القدر في هذا الموضوع والله سبحانه وتعالى أعلم .

الطلاق الثلاث بلفظ واحد

١ ـــ تصوير المسألة وأساس الخلاف فيها

أما صورة المسألة ، فهي ان يجمع الزوج ثلاث تطليقات للزوجة بصيغة واحدة ، بأن يقول لها : طلقتك ثلاثاً ، أو أن يجمعها في ثلاث جمل متوالية بأن يقول : أنت طالق أنت طالق ، أنت طالق . ولا يريد من تكريره هذا تأكيداً للجملة الاولى ، فما الذى يترتب على ذلك من الاحكام ؟ .

وأما أساس الخلاف فيها ، فأمران اثنان :

أولها : هل المعنى البدعي في الطلاق ، يستوجب عدم وقوعه ، كما يستوجب حرمته ؟ وبتعبير آخر : هل النهي عن الشيء يستلزم بطلانه ان وقع ؟ .

ثانيها : أحاديث موهمة وردت في الباب ، من أهمها حديث ابن عباس : كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وفي خلافة أبي بكر وصدر من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة . . . الحديث .

هذا هو أساس الخلاف باختصار . وأما تفصيل الاسباب فتعلمه عند عرض المذاهب وأدلتها .

٢ ـــ المذاهب الواردة في ذلك

اعلم ان الأئمة الاربعة لم يختلفو في هذه المسألة ، فيا بينهم ، في قليل ولا كثير . ولكن الخلاف وقع بين مجموعهم من جانب ، وبين بعض الأئمة المتأخرين من جانب آخر . ومجموع ماورد في ذلك ، أقوال أربعة :

الاول : (وهو القول الذى تمسك به الجمهور من الصحابة والتابعين والأئمة الاربعة) ، ان الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع ثلاثاً .

الثاني : ان الطلاق الثلاث بكلمة واحدة لايقع به الا طلقة واحدة . وهو مذهب الزيدية وابن تيمية وتلميذه ابن القيم .

الثالث : أن الطلاق بهذا الشكل لغو لايقع به شيء : وهو مروي عن الحجاج بن أرطاه والامام الباقر والصادق وعن بعض الامامية .

الرابع : إن كانت المطلقة مدخولاً بها ، وقع في حقها الثلاث ، وإن لم يكن مدخولاً بها فهي واحدة ، وهو منقول عن عطاء وطاووس وسعيد بن جبير والحسن البصري (١) .

٣ ـــ أدلة المذاهب

استدل الجمهور على ماذهبوا اليه من وقوع الطلاق الثلاث ثلاثاً بأدلة كثيرة نجملها فيا يلي :

(اولاً دلائل الكتاب) فمنها قوله تعالى : (ومن يتعدّ حدود الله فقد ظلم نفسه) بعد قوله تعالى : (ياأيها النبي اذا طلقتم النساء

---

(١) انظر المغني لابن قدامة : ٣٠٣/٧ وسبل السلام : ٣٦٥/٣ وأحكام القرآن للجصاص : ٤٥٩/١ . ومغني المحتاج : ٣١١/٣ .

فطلقوهن لعدتهن) [1] وقوله في آخر الآية التي تلي هذه (ومن يتق الله يجعل له مخرجاً) . فقد فسر ذلك عبد الله بن مسعود وابن عباس وعائشة وأبو هريرة ، وغيرهم من الصحابة بأن الزوج اذا طلق بغير العدة أو لم يفرق بين الطلقات كما أمر ، فقد ظلم نفسه ، ولم يجعل الله له مخرجا مما قد أوقعه بنفسه ان لحقه ندم . وذلك على العكس مما لو اتبع سبيل السنة في التطليق ، فقد جعل الله له مخرجا عند الندم ، وهو الرجعة [2]

(ثانياً دلائل السنة) : فمنها حديث عويمر العجلاني الذي رواه الشيخان في باب اللعان . وهو حديث طويل ، وفيه : أنه قال بعد أن لاعن زوجته في مجلس رسول الله ﷺ : (كذبتُ عليها يارسول الله إن أمسكتها ، هي طالق ثلاثاً) ومحل الإستدلال بالحديث أن رسول الله ﷺ لم ينكر على عويمر جمع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ، وقد كان من مقتضى ضرورة الارشاد والتعليم الذين كان رسول الله ﷺ ناهضاً بهما ، أن ينكر على عويمر ذلك أولاً ، ثم أن يبيّن له ان الطلاق الثلاث بلفظ واحد ليس بشيء . وفيه استدلال من جانب آخر ، وهو أن تلفظ عويمر بالطلاق الثلاث دليل واضح على ان الكلمة معروفة ومطروقة وصحيحة ، وهي لاتكون كذلك الا حيث يكون لها الأثر المطلوب .

أما كون طلاق عويمر لم يقع ، بسبب وقوع بينونة هي أعظم من بينونة الطلاق ، وهي بينونة اللعان ، فلا علاقة لذلك بموضع الاستشهاد من الحديث .

---

(١) الطلاق : ١ وما وراءها .

(٢) انظر تفسير القرطبي : ١٨/١٥٩ والطبري : ٢٨/٨١ و ٨٢

ومنها ماوراه مسلم عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان اذا سئل عن الطلاق في الحيض قال لأحدهم (أمّا أنت (أي ان كنت) طلقت امرأتك مرة أو مرتين فان رسول الله ﷺ أمرني بهـذا — أي بأن يراجعها حتى تطهر — وان كنت طلقتها ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك ، وعصيت الله فيما أمرك من طلاق امرأتك)

ووجه الاستدلال بهذ الحديث جلي ظاهر .

ومنها ماورواه الشيخان عن عائشة ان امرأة رفاعة القرظي جاءت الى رسول الله ﷺ ، فقالت يارسول الله : ان رفاعة طلقني فبت طلاقي ، واني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي ، وان ما معه مثل الهدبة ، فقال رسول الله ﷺ : لعلك تريدين أن ترجعي الى رفاعة ، لا ، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته .

ومحل الاستدلال بالحديث قولها : فبت طلاقي ، اذ هي انما تقصد بذلك تفسير كلمتها التي قبلها وهي : طلقني أي انه طلقها ثلاث تطليقات . وكلمة (بت) إنما تدل عند الاطلاق على ان الثلاث قد وقعن في كلمة واحدة ، كما هو ظاهر صياغة اللفظ .

قال الشافعي في كتابه اختلاف الحديث : (فان قيل ، فقد يحتمل أن يكون رفاعة بت طلاقها في مرات ، قلت : ظاهره في مرة واحدة ، وبت إنما هي ثلاث مرات ، اذا احتملت ثلاثاً) (١) .

ومنها ماراوه الشيخان ايضاً من حديث فاطمة بنت قيس ، قالت (واللفظ لمسلم) ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب ، فأرسل اليها وكيله بشعير .. وفي آخر الحديث : فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال ليس عليك نفقة .

(١) اختلاف الحديث على هامش الام : ٧/٣١٤ .

وقد ساق مسلم هذا الحديث بالفاظ وروايات اخرى فسر فيها كلمة (البتة) بالطلاق ثلاثاً ، منها مارواه بسنده عن الشعبي قال : دخلنا على فاطمة بنت قيس : فأتحفتنا برطب ، وسقتنا سويق سلت : فسألتها عن المطلقة ثلاثاً أين تعتد ؟ قالت : طلقني بعلي ثلاثاً ، فأذن لي النبي ﷺ أن أعتد في أهلي .

وقد جعل الامام مسلم عنوان الباب: (المطلقة ثلاثاً لانفقة لها) .

وعقد ابن ماجه في سننه باباً بعنوان (باب من طلق ثلاثاً في مجلس واحد) ساق فيه حديث فاطمة بنت قيس من رواية الشعبي التي رواها مسلم .

فقد دل كل ذلك على أن فاطمة إنما طلقت ثلاث تطليقات في مجلس واحد ، كما هو ظاهر الحديث ، وكما فهم علماء الحديث ورواته .

قلت : ولكن يخدش في قوة الاستدلال بحديث فاطمة بنت قيس هذا ، ان مسلماً ساق في الباب رواية عن ابن عبد الرحمن بن عوف أن زوجها طلقها آخر ثلاث تطليقات ، فجاءت تستفتي في نفقتها رسول الله ﷺ . كما ساق رواية أخرى بنفس المعنى عن عبيد الله بن عتبة . وبذلك يقع احتمال كبير ، بأن معنى (البتة) وإطلاقه (طلقها ثلاثاً) في الروايات الاخرى ، محمول على ماجاء في هاتين الروايتين من التفصيل . . (1) .

ومنها مارواه ابو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني والشافعي عن آل بيت ركانة ان ركانة طلق زوجته البتة ، فسأل عن ذلك رسول الله ﷺ ، وقال له : والله ماأردت الا واحدة ، فقال رسول الله

---

(1) انظر صحيح مسلم : ٤/٢٩٥ .

ﷺ ، (والله ماأردت إلا واحدة ؟) فقال له ركانة : والله ماأردت إلا واحدة !.. فردها اليه رسول الله ﷺ .

فالحديث دليل صريح على أنه لو أراد الثلاث لوقعن ، وإلا لم يكن لتحليفه معنى . قلت : وهذا الحديث يؤكد لك ماسبق من ان كلمة (البتة) تدل بظاهرها على الطلاق الثلاث .

ومنها مارواه الدارقطني عن عبد الله بن عمر أنه قال لرسول الله ﷺ لما أمره أن يراجع زوجته : أفرأيت يارسول الله لو أني طلقتها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال لا ، كانت تبين منك وتكون معصية(١) ومكان الاستشهاد بهذا الحديث أيضاً جلي وواضح .

ومنها مارواه الدارقطني باسناده عن عبادة بن الصامت قال : طلق بعض آبائي ألفاً ، فانطلق بنوه الى رسول الله ﷺ فقالوا : يارسول الله ان أبانا طلق أمنا ألفاً فهل له مخرج ؟ فقال : ان أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجا ، بانت منه بثلاث على غير السنة ، وتسعمائة وسبع وتسعون اثم في عنقه .

ومنها الاحاديث والآثار الكثيرة التي بلغت مبلغ التواتر المعنوي عن ابن عباس وابن مسعود وابن شهاب الزهري وعمر بن عبد العزيز وعلي ابن ابي طالب وغيرهم ، وكله في بيان أن من طلق ثلاثاً أو ألفاً أو مئة أو تسعا وتسعين ، استقر في حقهم الثلاث وبانت زوجاتهم منهم . نجد ذلك في الموطأ ، ومصنف ابن أبي شيبة وسنن البيهقي وغيرها .

فهذه خلاصة الادلة التي اعتمدها أئمة المذاهب الاربعة واعتمدها من قبلهم جمهور الصحابة والتابعين .

★ ★ ★

(١) انظر المغني لابن قدامة : ٢٩٩/٧ .

واستدل القائلون بأنها لاتقع الا واحدة بمايلي :

١ – الكتاب ، فاستدلوا بقوله تعالى : (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) . وتقرير الحجة فيها هو ان الله عز وجل بين ان الطلقات الثلاث المشروعة إنما يكون بأن يطلق الزوج مرة أخرى إن اراد ذلك ، ثم يطلقها الثالثة ، وهي التسريح الاخير . وهذه الطريقة التي شرعها الله عز وجل وبينتها الآية تخالف ماقد يفعل الرجل من التطليق ثلاثاً دفعة واحدة ، اذ إن قوله : طلقتك ثلاثاً ، لايسمى لغة ثلاث مرات ، بل هي في الحقيقة مرة واحدة . واستدلوا على ذلك بأن الحديث ورد : (من قال في يومه سبحان الله وبحمده مائة مرة حطت عنه خطاياه ولو كانت مثل زبد البحر) فلو قال الانسان : سبحان الله وبحمده مائة مرة ، لم يحصل له هذا الثواب حتى يكررها مائة مرة . وقال عز وجل : (ياأيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات) فلو أنه قال : (أستأذن ثلاث مرات) لما حسب ذلك منه الا مرة واحدة . وإذاً فلا بد أن تكون دلالة المرة في الطلاق أيضاً بهذا المعنى الذي يقره كل من اللغة والعرف . فقد دلت الآية إذاً على ان الرجل إذا طلق ثلاثاً بلفظ واحد لم تقع إلا طلقة واحدة [١] .

٢ – السنّة : فمنها ماروواه مسلم في صحيحه عن ابن طاوس عن ابن عباس : كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر بن الخطاب :

---

(١) اعلام الموقعين : ٣/٤٤ و ٤٥ .

إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم . وروي مثل ذلك بألفاظ قريبة عن أبي الصهباء عن ابن عباس رضي عنه .

قالوا فالحديث صريح في انهم كانوا يعدون الطلاق الثلاث بلفظ واحد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر طلقة واحدة . وهو الحكم الاصلي الذي أقره رسول الله ﷺ وتم اجماع الصحابة عليه . وما كان الزام عمر الناس ، فيما بعد ، بالثلاث وامضاؤها عليهم الا عقوبه رأى أن من المصلحة أن يعاقبهم بها لتماديهم في الطلاق واستهانتهم بأمره [1] .

ومنها مارواه الامام أحمد في مسنده : حدثنا سعد بن ابراهيم ، حدثنا أبي عن محمد بن اسحاق قال : حدثنا داود بن الحصين عن عكرمة مولى ابن عباس عن ابن عباس قال : طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثاً في مجلس واحد ، فحزن عليها حزناً شديداً . قال فسأله رسول الله ﷺ كيف طلقت ؟ قال : طلقتها ثلاثاً قال فقال في مجلس واحد ؟ قال نعم قال : فانما تلك واحدة ، فأرجعها إن شئت . قال فراجعها .

ومحل الاستشهاد بهذا الحديث واضح ، وصريح .

٣ ـ القواعد والمعقول : قالوا ، أن جمع الثلاث بلفظ واحد عمل بدعي محرم والبدعة مردودة قال عليه الصلاة والسلام : (كل مالم يكن عليه أمرنا فهو رد) .

ومن أوضح الادلة على حرمة الطلاق الثلاث جميعاً ، مارواه النسائي عن محمود بن لبيد رضي الله عنه قال : أخبر النبي ﷺ عن رجل طلّق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً ، فقام غضبان ثم قال : أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ، حتى قام رجل فقال : يارسول الله ألا أقتله ؟

---

(١) اعلام الموقعين : ٣/٤٧ .

فإذا ثبت ان الطلاق الثلاث في مجلس واحد عمل محرم ، فينبغي أن لايقع أيضاً ، لأن النهي عن الشيء يقتضي بطلان المنهي عنـــه ، غير ان المنهي عنه لما كان اضافة طلقتين الى الطلقة الواحدة في وقت واحد ، كان البطلان منصباً عليها ، وكانت الطلقة الواحدة واقعة .

واستدل القائلون بأنه لايقع بها شيء بما يلي :

قالوا انه طلاق بدعي محرم ، للأدلة السابقة ، وكل محرم مردود بجملته ، ولا يجوز التجزيء ، اذ كل ماترتب على الفساد فهو فاسد .

أما الذين فصلوا بين ما كان قبل الدخول وبعده فاستدلوا بما يلي :

١ ـ مارواه ابو داود عن طاوس أن رجلًا يقال له ابو الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس ، فقال : أما علمت أن الرجل كان اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها ، جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدراً من إمـارة عمر رضي الله عنه ؟ قال ابن عباس بلى ، كان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدراً من امارة عمر ، فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها ، قال أجيزوهن عليهم .

٢ ـ قالوا ان المطلق لما قال : طالق ، بانت الزوجة بذلك لا إلى عدة ، إذ لا دخول بعد ، فصادفها قوله (ثلاثاً) بعـد ذلك ، وهي خلية ، فلا يقع بها شيء زائد[١] . وهـذا بخلاف ما إذا وقع الطلاق بعـده ، فإن كلمة : طالق ، تفصل الزوجة إلى العـــدّة ، فتلحقها الطلقتان الأخريان .

★ ★ ★

---

(١) انظر المغني لابن قدامة ؛ وأحكام القرآن للجصاص : ١/٤٠٨ .

٤ ــ مناقشة الأدلة

أولاً : مناقشة أدلة الجمهور :

نوقشت أدلة الجمهور من قبل المخالفين بما يلي :

١ ــ قوله تعالى : «فقد ظلم نفسه» أعم من أن يدل على خصوص المعنى الذي فهمتوه ، إذ يصدق أن يكون ظلمه لنفسه بسبب ارتكاب المحرم واستحقاقه العقوبة الأخروية على ما فعل .

وكذلك قوله تعالى : (ومن يتق الله يجعل له مخرجاً) فهو أعم من أن يكون معناه محصوراً فيما ذكرتم . فقد قال البعض في تفسيرها: أي يخرجه بذلك من الحرام إلى الحلال ، ومن الضيق إلى السعة ، ومن النار إلى الجنة ، وروي عن أبي سعيد الخدري أنه قال في تفسيرها : ومن يبرأ من حوله وقوته بالرجوع إلى الله يجعل له مخرجاً مما كلفه ، وذلك بالمعونة له . وذكر القرطبي نقلاً عن أكثر المفسرين فيما ذكر الثعلبي أن الآية نزلت في عوف بن مالك الاشجعي ، حينما قال للنبي ﷺ : يا رسول الله إن ابني أسره العدو وجزعت الام ، فما تأمرني : فقال عليه الصلاة والسلام : اتق الله واصبر وآمرك واياها أن تستكثرا من قول : لا حول ولا قوة إلا بالله ، فعاد إلى بيته فقال ذلك لامرأته ، فجعلا يكثران من قول : لا حول ولا قوة إلا بالله ، فغفل العدو عن ابنه فأفلت منهم وركب ناقة للقوم ومر في طريقه بسرح لهم فاستاقه . وجاء بذلك عائداً إلى بيته ، فسألوا رسول الله ﷺ : أيحل لهم أن يأكلوا منه قال نعم ، ونزلت آية : ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ويرزقه من حيث لا يحتسب [1] .

---

(١) تفسير القرطبي : ١٨/١٦٠ .

فأنت ترى أن الآية بمثابة قانون عام ، والعموم في مثل هذه الحال مع وجود هذه الادلة والملابسات الاخرى لا ينهض دليلاً على مسألتنا الخاصة.

٢ — حديث عويمر العجلاني ، وقصة تطليقه زوجته ثلاثاً في مجلس رسول الله ﷺ بعد ملاعنته لها ، لا يثبت به ما ذكرتم ، إذ يحتمل أن الرسول ﷺ لم ينكر عليه ، بسبب ان الفراق بينه وبين الزوجة قد وقع بالملاعنة ، وتطليقه لغو لا فائدة فيه وإنما كلامنا عن وقوع الطلاق على أثره ، وإذا وقع الاحتمال سقط الاستدلال [١] .

٣ — حديث مسلم عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول : وإن طلقتها ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك . . . الحديث . قد يناقش من قبل المنكرين ، بأن ذلك رأي من عبد الله بن عمر ، وليس فيه شيء يرفعه إلى رسول الله ﷺ . ومثل ذلك لا دليل فيه إذ هو لا يعدو أن يكون اجتهاداً لصحابي كاجتهاد عمر في امضاء الثلاث.

٤ — وأما حديث الشيخين عن امرأة رفاعة القرظي ، وفيه قولها : إن رفاعة طلقني فبت طلاقي ، فقد قالوا انه لا يحمل أي دليل على ما تقولون . إذ من المحتمل ان بت الطلاق كان بواسطة طلقة أخيرة طلقها به رفاعة ، فتم الطلاق بذلك ثلاثاً . وهذه الحالة ليست محل بحث وخلاف . وإذا وقع الاحتمال في الدليل فقد سقط الاستدلال به كما أسلفنا

٥ — وأما حديث فاطمة بنت قيس الذي رواه الشيخان أيضاً ، فقد أجاب الصنعاني عن المخالفين بقوله : ليس في الحديث تصريح بأنه أوقع الثلاث في واحد ، فلا يدل على المطلوب ، فإن قال الجمهور :

---

(١) سبل السلام : ٣/٢٧٢ .

إن عدم استفصاله ﷺ الأمر : هل كان ذلك في مجلس أو مجالس ، دال على أنه لا فرق في ذلك ، أجيب بأنه لم يستفصل لأنه كان الواقع في ذلك العصر غالباً عدم ارسال الثلاث ، فالاطلاق محمول على أن ذلك كان في عدة مجالس (١) .

قلت ويمكن أن يرد على الجمهور بما كنا قد ذكرناه من أن مسلماً قد ساق رواية عن قصة طلاق فاطمة بنت قيس ، جاء فيها أن زوجها طلقها آخر ثلاث تطليقات ، فتكون هذه الرواية مبينة للروايات المطلقة الاخرى .

٦ ـ وأما ما رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والدارقطني والشافعي ان ركانة طلق زوجته البتة فاستحلفه رسول الله ﷺ ما أراد بها . . . الخ فالمخالفون يرجحون الرواية التي تفرد بها أحمد رحمه الله ، وهي أنه طلقها ثلاثاً فجعلها رسول الله ﷺ واحدة ، ويضعفون ما رواه الآخرون في ذلك مما استدل به الجمهور ، لوجود الزبير بن سعيد في بعض طرقه .

٧ ـ وأما ما رواه الدارقطني عن عبادة بن الصامت قال : طلق بعض آبائي ألفا فانطلق بنوه إلى رسول الله ﷺ . . . الحديث ، فقد أجابوا عنه بأن فيه يحيى بن العلاء ، وهو ضعيف .

وأما حديث الدارقطني عن عبد الله بن عمر أنه قال لرسول الله ﷺ أفرأيت يا رسول الله لو أني طلقتها ثلاثاً . . . الحديث ، فلم أقف على رد عليه من قبل المخالفين .

---

(١) سبل السلام : ٣/٢٧٢ .

(ثانياً) مناقشة أدلة المخالفين :

ناقش الجمهور أدلة القائلين بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة بما يلي :

١ — قوله تعالى (الطلاق مرتان) . . الآية ، لا دليل فيها على ما يقولون ، لسببين :

السبب الأول : أن الدليل في الآية أعم من المدعى ، إذ غاية ما تثبته الآية أن التطليقات الثلاث ينبغي أن تكون على مرات متعددة منفصلة — إن سلمنا بضرورة تفسير المرة بما قلتم — . والمرات المتعددة كما تكون في جلسات متعددة مفصولة برجعة ، فإنها يمكن أن تكون في جلسة واحدة أيضاً ، وذلك بأن يقول لها : أنت طالق أنت طالق ، أنت طالق . فهذه ثلاث مرات منفصلات كما تدل الآية ، رغم أنكم لا تقولون بوقوعها ثلاثاً ، وهذا معنى أن الدليل في الآية أعم من المدعى .

السبب الثاني : أن معنى (مرتان) ليس محصوراً فيما ذكرتم ، فهي قد تأتي على معنى الوحدات المنفصلة كما تقولون ، وقد تأتي بمعنى الوحدات التي يتضمنها كلام واحد . والاستعمال أكبر شاهد على ذلك .

فقد قال الله عز وجل عن نساء الرسول ﷺ : (نؤتها أجرها مرتين) ولم يقل أحد من المفسرين إن معنى ذلك أن الله سيؤتيها أجرها الأول مرة ثم يؤتيها أجرها الثاني بعد ذلك ، وإنما أجمعوا على أن المقصود تعدد جهة الاستحقاق للمثوبة والاجر ، ان استقمن على طريق الحق .

وإذا كان صحيحاً أن المرات المتعددة للطلاق لا تكون صحيحة لغة إلا بالانفصال الذي ذكرتم ، فكيف نطق عويمر العجلاني — وهو عربي أصيل — بما يخالف ذلك ، فجمع المرات الثلاث في لفظ واحد ؟

أفيكون عوير جاهلاً لفلسفة (المرة) في اللغة العربية حتى تنكب عن النطق الصحيح بها ؟ [1] .

٢ — حديث مسلم عن ابن عباس : كان الطلاق الثلاث . . . الحديث ، أجاب الجمهور عنه بجوابين :

الأول : ان حديث ابن عباس هذا ضعفه كثير من رجال الحديث وفي مقدمتهم ابن عبد البر فقد أنكر رواية طاوس لهذا الحديث ، وقال: رواية طاوس وهم وغلط ولم يعرج عليها أحد من فقهاء الأمصار والشام والعراق والمغرب . وقد روى سعيد بن جبير وعمرو بن دينار ومجاهد وعطاء عن ابن عباس خلاف رواية طاوس وقد روى ابو داود عن طاوس عن أبي الصهباء عن ابن عباس خلاف رواية مسلم عن طاوس عن ابن عباس وخلاف روايات الآخرين . فرواية أبي الصهباء ان الطلاق الثلاث كانت تقع واحدة قبل الدخول وثلاثاً بعده ، وعلى عهد رسول الله ﷺ . ورواية طاوس عن ابن عباس أنه كان واحدة قبل الدخول وبعده ، وروايات مجاهد وعطاء والآخرين ، خلاف هذا وذلك . قالوا : ولا توجد صورة للاضطراب أشد من هذه الصورة .

ثم قالوا : وذهب كثير من علماء الحديث إلى أن الحديث يضعف عند مخالفته لمذهب الصحابي الراوي له ، وممن ذهب إلى ذلك يحيى بن معين ويحيى بن سعيد القطان وأحمد بن حنبل وعلي بن المديني .

الثاني : إذا غضضنا النظر عن أسباب ضعف الحديث واضطرابه ، ونظرنا إلى متنه وعبارته ، فالحديث بمعزل عن الدلالة على مدعاكم الذي تستدلون عليه .

---

(١) انظر ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية : ص ١٥٢ و ١٥٧ للمؤلف .

ومعنى الحديث ، كما ذكره القرطبي نقلا عن ابي الوليد الباجي وعن الطبري وعامة علماء الحديث ، هو أن الناس كانوا يوقعون طلقة واحدة ، على الغالب ، بدلاً من ايقاع الناس الآن ثلاث تطليقات . يدل على هذا المعنى ، قول عمر : إن الناس قد استعجلوا في امر كانت لهم فيه أناة ، فهو لم يغير حكماً كان ثابتاً من قبله ، ولكنه طبق الحكم الشرعي على موجبه وهو استعجال الناس في التطليق ثلاثاً بعد ان كانوا على الغالب لا يقدمون عليه [1] .

وقريب من هـــذا التفسير ما قاله النووي في شرحه على مسلم : « ومعناه أنـه كان في أول الامر إذا قال لها : أنت طالق ، أنت طالق ، ولم ينو تأكيداً ولا استئنافاً ، يحكم بوقوع طلقة واحدة ، لقلة ارادتهم الاستئناف بذلك . فحمل على الغالب الذي هو ارادة التأكيد ، فلما كان في زمن عمر رضي الله عنه وكثر استعمال الناس لهذه الصيغة وغلب منهم ارادة الاستئناف بها ، حملت عند الاطـــلاق على الثلاث ، حملاً بالغالب السابق الى الفهم منها في ذلك العصر » [2] .

قلت ويوضح أن هـــذا هو معنى حديث ابن عباس إيضاحاً جلياً ، ما ذكره ابن القيم عن ابن مسعود أنه كان اذا استفتى في الطلاق قال : من أتى الامر على وجهه فقد تبين له ، ومن لبّس على نفسه جعلنا عليه لبسه ، والله لا تلبسون على انفسكم ونتحمله منكم ، هو كما تقولون [3] .

فاذا تأملت في كلام ابن مسعود علمت أن الحديث كله دائر على

---

(١) الجامع لاحكام القرآن : ٣ - ص : ١٢٨ و ١٢٩ و ١٣٠ .

(٢) النووي عن مسلم : ١٠ / ٧٠ و ٧١ و ٧٢ .

(٣) اعلام الموقعين : ٤٨/٣ .

من يطلق بلفظ البتة أو يكرر لفظ الطلاق ثلاثاً ، ثم يلبّس الامر ويوهم المفتي أنه انما أراد واحدة أو التأكيد . .. وكثرت هذه الظاهرة ، فلم يرض عمر الا بما يدل عليه ظاهر اللفظ . وهو شيء لم يكن بهذا الشيوع قبل ذلك في عصر الرسول ﷺ وابي بكر . فالاختلاف إذاً ليس في في الحكم ولكنه في عمل الناس وعاداتهم ، والحكم الشرعي انما ينزل على الوقائع والاحداث .

٣ - حديث طلاق ركانة ، الذي تفرد به الامام احمد ، رواه سعد بن ابراهيم عن أبيه عن محمد بن اسحاق ، عن دواد بن الحصين . عن عكرمة مولى ابن عباس . وهو سند ضعيف أجمع جمهور المحدثين وعلماء التراجم على انه لايعتمد عليه . ففيه محمد بن اسحاق ، وهو متهم عند مالك وسليمان التميمي ويحيى القطان وهشام بن عروة ، قالوا وقد كان يدلس عن الضعفاء . وداود بن الحصين اتهم بالدعوة الى مذهب الخوارج ، ، وقال علي بن المديني وابو داود : مارواه ابن الحصين عن عكرمة فمنكر . وقال سفيان بن عيينة : كنا تنفي حديثه . وقال ابن حجر في تقريب التهذيب ، عن ابن الحصين : ليس ثقة فيما يرويه عن عكرمة . وقد أكثر رجال الجرح والتعديل من الحديث عنه في هذا وفي مقدمتهم الذهبي في ميزان الاعتدال [١] وقد ذكر النووي هذه الرواية التي ساقها الامام أحمد فقال : وأما رواية أن ركانة طلق ثلاثاً فجعلها الرسول واحدة ، فرواية ضعيفة عن قوم مجهولين وانما الصحيح منها ماقدمنا أنه طلقها البتة . ولفظ البتة محتمل للواحدة والثلاث . ولعل صاحب هذه الراوية الضعيفة اعتقد أن لفظ البتة يقتضي الثلاثة

---

(١) انظر تقريب التهذيب : ٢٣١/١ وميزان الاعتدال : ٣١٧ و ٢١/٣ و ٢٢ .

فرواه بالمعنى الذي فهمه فغلط في ذلك [1] . وقد اعتمد ابو داود والدارقطني وابن ماجــه وعامة رجال الحديث وعلماء الجرح والتعديل الرواية التي تمسك بها الجمهور لثقة رواتها وتعدد طرقها ولأن رواتها هم آل بيت ركانة فهم أعلم بما قد حدث من طلاق ركانة .

قال ابو داود : وهذا اصح من حديث ابن جريج أن ركانة طلق امرأته ثلاثاً ، لانهم أهل بيته وهم اعلم به .

وقال ابن ماجه : سمعت أبا الحسن علي بن محمد الطنافسي يقول : ماأشرف هذا الحديث [2] .

قالوا : وأمـا تضعيف الخصم له بسبب ان فيه الزبير بن سعيد ، فالجواب عنه من وجهين ، أولاً :وثقه يحيى بن معين كما نقل ذلك الذهبي وقال عنه ابن حجر : فيه لين وهذا لايقتضي ضعف الحديث وسقوط الاستدلال به .

ثانيـاً : روي الحديث بطرق اخرى ليس فيها الزبير بن سعيد ، كالطريق الذي رواه ابو داود وغيره عن ابن السرح وابراهيم بن خالد الكلبي وابي ثور وغيرهم كلهم رووا عن محمد بن ادريس الشافعي ، قال حدثني عمي محمد بن علي بن شافع ، عن عبيد الله بن علي بن السائب عن نافـع بن عجير بن عبد يزيد بن ركانة ان ركانة طلق امرأته سهيمة البتة ... الخ .

وهـذا الطريق أجمع الرواة على صحته وقوته ، فاذا لم يتقو طريق الزبير بن سعيد ويتأيد به فانه لايعقـل على أي حـال أن يضعف هذا الطريق الصحيح الموثوق به من اجل طريق الزبير ، أي ان القاعدة المعروفة

---

(١) النووي على مسلم : ١٠/٧٠ .
(٢) انظر سنن ابي داود : ١/٥١١ وسنن ابن ماجه : ١/٦٦١ .

والمعقولة للجميع ، ان الطريق الضعيف هو الذي يتقوى ويتأيد بالصحيح وليس الطريق الصحيح هو الذي يضعف بسبب وجود طريق آخر ضعيف الى جانبه .

(ثالثاً) مناقشة أدلة الذين قالوا بعدم وقوع شيء :

وقد ذكرنا ان دليلهم هو الاحاديث الواردة في النهي عن مثل هذا الطلاق ، مع قولهم بأن النهي عن الشيء دليل على بطلانه ، لقوله ﷺ : كل مالم يكن عليه أمرنا فهو رد .

وقد نوقش دليلهم هذا بما يلي :

١ - ليس كل منهي عنه باطلاً في احكام الشريعة الاسلامية ، وأكبر دليل على ذلك ان الطلاق بذاته يعد من ابغض الحلال الى الله عز وجل ، خصوصاً اذا ماكان التطليق مجرد ايذاء وضرار فهو من حيث الديانة عمل محرم ، ولكن أحداً لم يقل بأنه باطل لا يقع . وإذا تبين أن هنالك انفصالاً بين النهي عن الشيء وبطلانه ، فلا يمكن أن يستدل بالأول منها على الثاني .

٢ - إن حديث (كل مالم يكن عليه أمرنا فهو رد) لا يصلح للاستدلال به على خصوص هذه المسألة . لأن قوله : (فهو رد) يحتمل أن يكون معناه : فهو غير مقبول عند الله تعالى ، وإنما يقال ذلك في حق العبادات التي يبتدعها بعض الناس دون أن يكون لها من أصل ثابت ، أو يؤدونها على غير وجهها المشروع . والقاعدة : أن ماطاف حوله الاحتمال سقط به الاستدلال ، فلا بد من دليل آخر معه يعيّن صلاحيته للمعنى الذي فسرتموه به .

على أنا لو فرضنا شموله لهذه المسألة التي نحن بصددها ، فإنه عام

مخصوص بما كان منهياً عنه لذاته ودليل الخصوص الاحاديث المختلفة التي مر ذكرها ، إذ لا بد من التوفيق بين هذا ، وذلك . وهذا الحديث عام وتلك أحاديث خاصة ، والعام في مثل هذه الحالة تفسره دلالة الخاص .

(رابعاً) مناقشة ارباب التفصيل :

وقد مر أن دليلهم في ذلك رواية ابي داود لحديث ابن عباس : كان الطلاق الثلاث .. الحديث ، ودليل المعقول .

وقد ناقشهم الآخرون في استدلالهم بحديث ابي داود ، بأن مفهوم حديثه لا يقاوم صريح عموم حديث عبد الله بن عباس والاحاديث الاخرى ، هذا الى جانب ما قد قاله الجمهور عن حديث ابن عباس مما قد ذكرناه مفصلاً (١) .

وأما قولهم إنه إذا قال لها : أنت طالق فقد بانت منه ، فصادفها قوله : ثلاثاً ، بعد ذلك وهي خلية ، فيرده أن الطلاق لا يقع بمجرد التلفظ به بل باللفظ مع النية . حتى إنه إذا مات بعد قوله طالق وقبل اتمامه الجملة ، فان زوجته لا تطلق منه وترثه بالاتفاق . وإذا كان الحكم كذلك ولا خلاف فيه ، فان معناه أن الطلاق إنما يقع بمجموع ما قد اعتزم الزوج النطق به من الجملة الكاملة . وبهذا يتبين أن هذا التحليل العقلي لا يستند إلى قاعدة فقهية أو أي دليل فقهي .

★ ★ ★

٥ ـــ الترجيح :

وبعد ، فتلك هي المذاهب الواردة في هذه المسألة ، وهذه هي أدلتها وما دار من نقاش حولها . فلنتبصر في هذه الادلة من حيث هي ، ولنعمل

---

(١) سبل السلام : ٢٧٣/٣ .

على فهم ما يجب فهمه منها بناء على قواعد الاستنباط وأصوله ، دون النظر إلى أي مذهب أيّد ، أو خالف .

ولعلك تلاحظ أن ما يحتاج إلى التأمل والبحث فيه من أجل الوصول إلى معرفة الراجح هو كل من مذهبي الجمهور والمذهب القائل بوقوع الطلاق واحدة ، ولنسمه بمذهب ابن تيمية ، أما المذهبان الآخران ، فهما محجوجان بالأدلة الواضحة المخالفة لهما كما قد رأيت . وأدلتها عقلية نظرية أكثر منها نقلية أو أصولية .

وإذا ما تأملنا في مذهبي الجمهور وابن تيمية ، لاحظنا الامور التالية :

أولاً : اعتمد الجمهور على مايزيد على ثمانية أحاديث في الموضوع . اثنان منها محتمل لخلاف المدّعى ، وهما حديث فاطمة بنت قيس وحديث امرأة رفاعة القرظي ، وواحد منها ردّ بأنه ضعيف وهو حديث الدارقطني لوجود يحيى بن العلاء فيه . والاحاديث الخمسة الاخرى لم نجد فيها أي خدش يبطل أو يضعف من دلالته على المطلوب .

واعتمد أرباب المذهب الثاني على ثلاثة أدلة ، أهمها لديهم حديث ابن عباس المذكور . والدليلان الآخران : آية الطلاق مرتان .. وحديث ركانة من الطريق الذي تفرد بروايته احمد . وقد رأيت أن الآية لا تدل على المطلوب . وحديث ركانة هذا ضعيف جداً ، وحديث ابن عباس معناه ليس على النحو الذي فسروه به ، بل إنك إذا تأملت ، وجدت أن تفسيرهم له بالمعنى الذي ذكروه ، تأويل بعيد وغريب له . وليس من مسوغ لهذا التكلف في فهمه مع وضوح معناه الذي فهمه منه الجمهور .

ثانياً : إذا ما تأملت في حديث ابن عباس : كان الطلاق . . . الخ وكيفية استدلال المذهب المخالف به ، وكيفية فهم الجمهور له ، أدركت

(من ناحية أخرى) أنه لا ينبغي بحال من الاحوال تفسير الحديث بالشكل الذي فسره به ابن تيمية وابن القيم وأتباعهما .

ذلك أن هذا التفسير إنما يعني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، قد خالف نصاً في كتاب الله وأحاديث ثابتة في سنة رسول الله ﷺ كلها تجعل الطلاق الثلاث في مجلس واحد طلقة واحدة ، لسبب واحد هو أنه رأى أن يؤدب اولئك الذين يفعلون ذلك ولا يبالون بأنه طلاق بدعي ، أو طلاق غير حسن إذ لم نقل عنه إنه بدعي أي فهو قدم مصلحة التأديب والعقوبة والزجر على مقتضيات النصوص الصريحة في كل من الكتاب والسنة . بل هو يعني أن عامة الصحابة قد وقعوا معه في هذه المعصية إذ سكتوا على عمله ووافقوا رأيه بل أجمعوا على أنه هو الحق .

ونحن لو سألنا ابن تيمية وابن القيم : هل يجوز تقديم المصلحة التي يراها الحاكم على النص الواضح الثابت ، لأجاب كل منهما بأن ذلك فسق وخروج على الجادة وابطال لشرع الله بالوهم والابتداع . وفي كتاب اعلام الموقعين لابن القيم كلام كثير من هذا القبيل ، وفي كتاب ، القياس في الشرع الاسلامي لابن تيمية تصريح أيضاً بذلك ، وهو الحق الذي اتفق عليه عامة المسلمين ، إلا ما كان من شذوذ سليمان الطوفي في ذلك ، فانه وحده الذي قال بأن المصلحة تقدم حتى ولو عارضت نصاً في كتاب أو سنة ، وقد خطأه وأثمه بذلك عامة الباحثين والمسلمين .

ومع ذلك ، فلو أن في ترجمة عمر وما عرف من كيفية اجتهاده وموقفه من النصوص ، ما يدل على أنه كان يتجافى عن النصوص الواضحات في سبيل مصلحة رآها فكره ، لعولنا على هذا التفسير وإن كان بعيداً ومحرجاً . ولكن كل ما دلت عليه ترجمة عمر رضي الله عنه ترد هذا التفسير رداً صريحاً لا احتمال فيه .

روى الشافعي في كتابه اختلاف الحديث أن عمر قضى أن الدية للعاقلة ولم يورث المرأة من دية زوجها . فأخبره الضحاك بن سفيان أن رسول الله ﷺ كتب اليه أن يورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها ، فرجع اليه عمر ، وأقلع عن اجتهاده السابق .

وسأل رضي الله عنه مرة : من عنده علم عن النبي ﷺ في الجنين فأخبره حمل بن مالك أن النبي ﷺ قضى فيه بغرة ، فقال عمر بن الخطاب إن كدنا أن نقضي في مثل هذا برأينا .

افيعقل أن يرجع عمر عن رأيه لحديث نقل اليه آحادا ، ثم يخالف نصا في كتاب الله تعالى وأحاديث صحيحة (على حد رأيهم) كحديث ركانة الذي اعتمدوه ، انتصاراً لرأيه أو انتصار لمصلحة أهمه شأنها ، مع العلم بأن ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله في مقدمة من يمنع من ذلك ويحرمه ؟.

فانظر (رعاك الله) نظرة تأمل وتجرد .. أليس من أعجب العجب أن نعمد بعد وضوح هذا الذي ذكرناه — إلى الاحاديث الثابتة أو الخمسة التي استدل بها الجمهور ، فنتكلف ردها واحداً واحداً ، ثم نستدل بالا دليل فيه من القرآن وبما لم يصح من الحديث على عكس ما اثبتته الاحاديث الثابتة متفرقات ومجتمعات ، ثم نعمد إلى حديث ابن عباس: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ ... الخ فنفسره التفسير الذي يبين أن عمر إنما أمضى الثلاث ثلاثا لاجتهاد منه وفي معرض النص المعاكس — نفعل كل ذلك في سبيل ماذا ؟... في سبيل أن نلصق بعمر أنه خالف كتاب الله وسنة رسوله واجماع المسلمين فاجتهد في معرض النص وقدم رأيه على كلام الله وسنة رسوله ، أليس من أعجب العجب أن نجهد جهدنا في سبيل حمل عمر على هذا الباطل ...

ثانية أحاديث .. كلها تدلك وتفهمك ان عمر اتبع في قضائه سنة رسول الله ﷺ ، نلغيها بدون حجة واحداً واحداً لنزعم أن عمر خالف في قضائه سنة رسول الله ..!!

وكلام عمر في حديث ابن عباس واضح وصريح في المعنى الذي فهمه الجمهور منه . نقلب تفسيره ونتأول في مدلوله ، لكي نستدل به على أن عمر خالف في حكمه ما حكم به الله ورسوله ...!!

وقد رأيت في كلام ابن مسعود الذي نقله ابن القيم نفسه : ما يكشف لك بصراحة لا لبس فيها عن معنى كلام عمر كما فهم الجمهور ، ولنعد إلى كلامه مرة أخرى ، فانه بنظري أكبر وثيقة وشاهد لابطال الوهم الذي علّقه بعضهم بكلام عمر ، قال ابن مسعود : من أتى الامر على وجهه فقد بين له ، ومن لبس على نفسه جعلنا عليه لبسه ، والله لا تلبسون على أنفسكم ونتحمله منكم ، هو كما تقولون .

أفليس هذا والذي قاله عمر — : قد استعجل الناس في أمر كانت لهم فيه أناة ، فمن استعجل اناة الله الزمناه بها ، وفي رواية : فلو أمضيناه عليهم — نقول : أفليس هذا وذاك يصدران من مشكاة واحدة وينتهيان إلى معنى واحد ، ويعبران عن حقيقة لا خلاف فيها ؟ .

ثالثاً — إذا تأملت في كلام ارباب مذهب ابن تيمية عن حديث ركانة وكيفية محاولتهم لتضعيف ما تمسك الجمهور به من هذا الحديث ، رأيتهم لا يتعرضون للضعف الواقع فيما يستشهدون هم به من حديث ركانة بالطريق الذي يتمسكون به ، مع أن عامة المحدثين قد اجمعوا على ضعف تلك الرواية وضعف ما يرويه داود بن الحصين عن عكرمة . وهل هذا إلا دليل على التعصب لما التزموه وتعهدوا أن يستمروا على التزامه ؟

رابعاً — لقد كان من أدلة الجمهور ما رواه مسلم عن نافع عن ابن عمر

أنه كان إذا سأل عن الطلاق في الحيض قال لأحدهم : أما أنت طلقت امرأتك مرة أو مرتين فان رسول الله ﷺ أمرني بهذا ، وان طلقت ثلاثاً فقد حرُمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك وعصيت الله فيما أمرك من طلاق امرأتك .

فبماذا يرد المخالفون على هذا الحديث ، ولقد حاولت أن أجد رداً لهم عليه فلم أعثر .

* * *

من التأمل في هذه النقاط الاربع يتضح لنا رجحان مذهب الجمهور، وأنه الحق الذي يتفق مع أدلة الكتاب والسنة ، ومع مـــا عُرف من استقامة عمر وعامة الصحابة على التمسك بها وعدم التحول عنها لأي سبب.

المسائل الاصولية وأثرها في الخلاف في هذا البحث :

يرتبط هذا البحث بمسألتين من مسائل الأصول .

أولاهما : النهي ، هل يدلّ على الفساد أم لا ؟.. وقد ذهب الجمهور إلى أن النهي إذا كان عائداً لعلة هي غير ذات المنهي عنه فانه يستلزم الحرمة ولا يستلزم الفساد أو البطلان . وخالف الجبائي وبعض الحنابلة فذهبوا إلى أنه يستلزم البطلان مطلقاً . فلا تصح الصلاة في الأرض المغصوبة ولا البيع في وقت صلاة الجمعة ..(١)

وقد كان من جملة ما تمسك به الجمهور في صحة الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، هذه المسألة ومذهبهم فيها . فإن جمع الطلقات الثلاث بلفظ واحد طلاق بدعي ، ولا شك ، وهو منهي عنه . ولكن النهي لا يستلزم البطلان ، لأن سبب النهي عائـــد إلى وصف متعلق بالطلاق لا إلى الطلاق ذاته .

(١) انظر المختصر لابن الحاجب مع شرحه العضد : ٢/٢ وما بعده .

وحتى الحنابلة الذين لم يتمسكوا بقاعدة النهي هذه وافقوا الجمهور في صحة الطلاق ، لأدلة أخرى قامت عندهم أفهمت أن الطلاق صحيح وأن النهي لمجرد الحرمة . وهي الأدلة الكثيرة الأخرى التي سقناها في غضون هذا البحث .

المسألة الأخرى : ما اتفق عليه جمهور الأصوليين من أن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال ، بطل به الاستدلال .

وقد كانت هذه القاعدة مستند الأئمة الأربعة واتباعهم حيال ما تمسك به ابن تيمية ومن معه من حديث رسول الله ﷺ : (كل ما لم يكن عليه أمرنا فهو رد) . فهذا الحديث يحتمل كما هو ظاهر أنه انما يتعلق بالوجوه المبتدعة من العبادات أو بما انحرف بها صاحبها عن وجهها الشرعي ويحتمل أن يكون الردّ بمعنى استحقاق الاثم كما يحتمل أن يكون بمعنى البطلان . ولا بد من قرينة تعيّن الاحتمال المقصود . فمن أجل ذلك لا يقوى هذا الحديث وحده بهذا الشكل من الاحتمالات التي فيه على الاستدلال. فضلا عن وجود الاحاديث الكثيرة الأخرى التي تمنع فهم الوجه الذي فهمه منه ابن تيمية وصحبه .

الأرض التي فتحها المسلمون عنوة

اولاً ـــ تصوير المسألة وتحرير محل النزاع

كل ما يدخل تحت سلطان الدولة من الاموال ، لا يعدو ثلاثة أقسام:

القسم الأول : الزكاة وما يتبعها من الاعطيات التي يتقدم بها المسلمون أو الجزية التي تؤخذ من غيرهم من أهل الكتاب .

القسم الثاني : الفيء ، وهو كل مال دخل تحت سلطان الدولة من طريق صلح أبرم مع الآخرين أو فتح فتحه الله بدون قتال ولا ايجاف .

القسم الثالث : الغنائم ، وهي الاموال التي جاءت من وراء قتال وحرب .

فأما القسم الأول ، فلا شأن لنا به في هذا المقام .

وأما القسم الثاني ، فلم يقع خلاف بين الأئمة في أن أربعة اخماسه توضع تحت تصرف الامام المسلم يضعه حيث تقتضيه مصالح الاسلام والمسلمين ، سواء كان أموالا منقولة أو غير منقولة كالدور والبساتين ومختلف الأراضي ، أما خمسه ، فقد انفرد الشافعي بالذهاب إلى انه يقسم كتقسيم الخمس في الغنائم ، ولم ير فرقاً بين الغنائم والفيء يستوجب التفريق بينهما في حكم الخمس [1] ، وذهب الجمهور إلى أن الفيء كله انه يعود النظر فيه الى الامام بأخماسه الخمسة .

---

(١) انظر الأم : ٤/٦٤ وطرح التثريب للعراقي : ٦/٢٥٠ .

وأما القسم الثالث : فيلاحظ أنه ينقسم إلى أموال منقولة واخرى غير منقولة ، فأما الاموال المنقولة فقد اتفق الأئمة على أنها تقسم إلى خمسة أسهم فيوزع خمسها في المصارف التي نص عليها القرآن الكريم ، وتوزع أخماسها الأربعة الاخرى على المقاتلين حسب هدي النبي عليه الصلاة والسلام في ذلك .

وأما الأموال غير المنقولة ، فقد وقع في أمرها خلاف ونظر : هل توزع كما يوزع غيرها من الأموال المنقولة ، أم تحبس عن القسمة والتوزيع ليستفيد الناس من غلاتها ؟ . فهـذا هو محل بحثنا من مجموع هذا الذي ذكرناه .

ثانياً ـ مثار الخلاف في هذه المسألة

أهم أسباب الخلاف في هذه المسألة ، أن في القرآن آيات ثلاث لم يتبين وجه العلاقة بينها بشكل واضح يقطع دابر الاحتمال والنقاش .

فأما الآية الاولى ، فهي قوله تعالى . (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسة والرسول) الآية ، الانفال : ٤١

وأما الآية الثانية فهي قوله تعالى عن أهل الكتاب الذين أخرجهم الله من ديارهم لأول الحشر : (وما افاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء ، والله على كل شيء قدير) الحشر : ٦

وأما الآية الثالثة : فهي قوله تعالى بعد الآية السابقة : (ما أفاء الله على رسوله من أهـل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم .. إلى قوله تعالى : والذين جاؤوا من بعدهم .. الآية) الحشر ٧ ـ ١٠ .

فالآية الاولى لا خلاف في أنها تعني الأموال المأخوذة من وراء قتال وايجاف ، والآية الثانية لا خلاف في أنها تعني الأموال المأخوذة بدون قتال وايجاف ، إذ هي تنص على ذلك .

وتبقى الآية الثالثة محتملة ، إذ هي عارية عن ذكر حصولها بقتال أو بدونه ، فهل المقصود بما افاء الله على رسوله ، في هذه الآية الثالثة، نفس المقصود بما أفاء الله على رسوله بما أوضحه في الآية التي قبلها ، أي الاموال التي جاءت بدون قتال ولا ايجاف ، أم المقصود به الاموال التي تحدث عنها في آية الغنائم بسورة الانفال ، فيكون بين الآيتين تعارض في الحكم ؟.. الآية محتملة لكلا التفسيرين .

فهذا الاحتمال القائم في هذه الآية الثالثة هو السبب فيما وقع بين الأئمة من خلاف حول مصير الاراضي والعقارات التي يغنمها المسلمون من اعدائهم إثر مقاومة وحرب [1] .

ثالثاً ـ المذاهب الواردة فيها

المالكية : لا تقسم الأراضي بل تكون وقفا يقسم خراجها في مصالح المسلمين المختلفة ، كجرايات المقاتلين ورواتبهم وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من أوجه المصالح ، إلا أن يرى الامام في وقت من الاوقات أن المصلحة تقتضي القسمة فإن له أن يقسمها .

الحنفية : يخيّر الامام بين قسمتها وابقائها بيد الكفار مع ضرب الخراج عليهم ، وعليه أن يتبع في ذلك وجه المصلحة ، والفرق بين هذا المذهب والذي قبله أن الأرض تصبح وقفا بمجرد الاستيلاء عليها عند

---

(١) انظر الجامع لاحكام القرآن : ١٨/١٣ وأحكام القرآن لأبي بكر بن العربي : ١٧٥٨/٤ وبداية المجتهد : ٣٨٩/١ .

المالكية ، ولا حاجة إلى صيغة من الامام ، أما عند الحنفية فيتوقف أمرها على ما يحكم به من وقف أو قسمة أو قسمة بعض والمحافظة على بعض .

الثوري وظاهر مذهب الامام أحمد : يتوخى الامام في ذلك المصلحة فهو مذهب يتفق مع ما ذهب اليه الحنفية .

الشافعية ـ لا بد من توزيعها على المقاتلين كبقية أموال الغنائم ، إلا أن يستطيب الامام نفوسهم فله أن يتصرف بها عندئذ كما يشاء ، وهو مذهب الظاهرية أيضاً (١) .

وتحصّل الأمر أن في المسألة مذهبين :

احدهما مذهب الجمهور ، وهو عدم وجوب قسمة الارض بين المقاتلين على الامام ، سواء قلنا إنها تكون وقفاً بمجرد الاستيلاء عليها ، أو قلنا يتبع الامام فيها مصلحة المسلمين .

ثانيها مذهب الشافعي ، وهو وجوب قسمتها بين الغانمين ، إلا أن يستطيب الامام نفوسهم .

رابعاً ـ أدلة المذاهب

ونحن نبدأ فنذكر أدلة الجمهور بما فيهم المالكية والحنفية والحنابلة ، ثم نذكر أدلة الشافعية .

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على ما اتفقوا عليه من القدر المشترك وهو عدم وجوب قسمة الارض بين الغانمين بأربعة أدلة .

---

(١) انظر شرح الدردير : ١٦٨/٢ وبدائع الصنائع : ١١٨/٧ ونيل الاوطار : ١٤/٨ ومغني المحتاج : ٢٣٤/٤ .

أولاً — آية سورة الحشر ، وهي قوله تعالى : (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين...) إلى قوله تعالى : (والذين جاؤوا من بعدهم) . وهي الآية الثالثة من الآيات الثلاث التي ذكرناها ، عند الحديث عن مثار الخلاف في هذه المسألة .

قالوا فالمقصود بالاموال في هذه الآية هو نفس المقصود بها في آية الغنائم في سورة الانفال ، وليس المقصود بها خصوص ما هو مقصود في الآية التي قبلها وهي : (وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) .

واستدلوا على ما ذهبوا إليه في تفسير الآية ، بأن الفيء يشمل في اللغة كل ما صار إلى المسلمين من أموال المشركين سواء جاء عن طريق العنوة أو الصلح ؛ ولم يأت فيها قيد يحولها عن عمومها ، كالقيد الذي جاء في الآية التي قبلها وهو قوله : (منهم) إذ الضمير فيه عائد على بني النضير ، وقوله (فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) . فلا مسوغ إذاً لتفسير الفيء فيها بالمال الذي وصل إلى المسلمين بدون قتال وإيجاف .

وعندئذ يقع التعارض بين هذه الآية وآية الغنائم في سورة الانفال . إذ آية الغنائم تأمر بالتخميس ولا تخميس هنا ، وتقضي آية الغنائم مع عمل الرسول أن أربعة أخماسها توزع على الغانمين ، ومقتضى قوله تعالى في سورة الحشر : (والذين جاءوا من بعدهم) عطفاً على الذين أوجب لهم الفيء أن جميع الناس الحاضرين والآتيين ينبغي أن يكونوا شركاء في الفيء .

وسبيل التوفيق عندئذ هو تخصيص عموم آية الانفال بما سوى الارض، وذلك بدلالة آية الحشر ، المتصل بها قوله تعالى : (والذين جاءوا من بعدهم) .

وبيان ذلك أن تعارض الآيتين لا بد أن يكون من حيث الظاهر فقط ، إذ لا بد أن لكل منهما مدلولاً خاصاً يتم بـه تناسق الآيتين ويتكامل به الحكم الشرعي ، ورأينا أن آية الانفال تقول : (واعلموا أنما غنمتم من شيء) والشيء من أجلى الفاظ العموم ، فهو يشمل كل مال يدخل في يد الغانمين أرضاً كان أو غيرها ، ورأينا آية الحشر تقول : (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى) و (ما) من أجلى ألفاظ العموم أيضاً ، فينبغي أن يكون هو الآخر شاملاً لكل مال أرضاً كان أو غيرها ، ولكنا رأينا الآية بعد ذلك تعطف (والذين جاءوا من بعدهم) على من جعلهم الله مستحقين لهذا الفيء ، ومعلوم أن ما عدا العقارات من الاموال لابقاء له في الغالب فلا يُتصور أن يستفيد من اعيانها من سيجيئون من بعد ، فكانت هذه الجملة دليلاً على أن المراد بالفيء هنا في الاراضي خاصة دون غيرها من الاموال . وإذ قد تبين أن آية الانفال عامة لكل انواع الاموال ، وآية الحشر هذه خاصة بالارض ، فالسبيل الذي لابد منه هو تخصيص عموم الآية الاولى بخصوص الآية الثانية [1] ثانياً – عمل عمر رضي الله عنه حينما امتنع عن تقسيم سواد

(١) انظر الجامع لأحكام القرآن : ١٨/٨ وأحكام القرآن لابن العربي: ١٧٦٠/٤ وبداية المجتهد ٣٨٨/١ ، وإذا تأملت في الذي ذكرناه أدركت أن القول بالنسخ غير وارد، إلا على أصول الحنفية وأدركت أن ما ذكره ابن رشد في بدايته : (ويجب على مذهب من يريد أن يستنبط من الجمع بينهما ترك قسمة الارض وقسمة ما عدا الارض ، أن تكون كل واحدة من الآيتين مخصصة بعض ما في الاخرى أو ناسخة له .. وهذه الدعوى لاتصح إلا بدليل ..) الخ – كلام لا لزوم له ، لأن كلاً من الآيتين ليس مخصصاً للأخرى كما ظن ، إذ دليل الخصوص في آية الحشر موجود معها فلا تحتاج هي بدورها الى مخصص .

العراق وأرض مصر ، وجعلها وقفاً يجري خراجها ريعاً للمسلمين واجماع الصحابة على عمله هذا . روى ابو عبيد بن سلام من طريق عبد الله بن أبي قيس قال : قدم عمر الجابية فاراد قسم الارض بين المسلمين فقال له معاذ : والله أذن ليكونن مالكره ، انك إن قسمتها ، صار الريع العظيم في أيدي القوم ، ثم يبيدون فيصير ذلك الى الرجل الواحد او المرأة ، ثم يأتي من بعدهم قوم يسدون عن الاسلام مسداً وهم لايجدون شيئاً ، فانظر امراً يسع أولهم وآخرهم ، فصار عمر الى قول معاذ .

وروي أيضاً عن أبي إسحاق عن حارثة بن مضرب عن عمر : أنه أراد ان يقسم السواد بين المسلمين فأمر أن يحصوا ، فوجد الرجل يصيبه ثلاثة من الفلاحين ، فشاور في ذلك ، فقال له علي بن أبي طالب : دعهم يكونوا مادة للمسلمين ، فتركهم وبعث عليهم عثمان بن حنيف ، فوضع عليهم ثمانية وأربعين ، وأربعة وعشرين ، واثني عشر [1] .

وإنما حبس عمر السواد ، تمسكا بما فهمه من آية الحشر هذه ، ولذلك خاصم بها من كان يلح عليه من الصحابة في تقسيم الارض ، روى ابو عبيد عن مالك بن أوس بن الحدثان عن عمر أنه تلا قوله تعالى : (واعلمو أنما غنتم من شيء فأن لله خمسه ..)الآية ، فقال هذه لهؤلاء . ثم تلا قوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين ..) الآية فقال : وهذه لهؤلاء ، ثم تلا قوله تعالى : (ماافاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) وللفقراء والمهاجرين ، أو قال : (للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم واموالهم ... والذين تبوا الدار والايمان من قبلهم ... والذين جاءوا من بعدهم)) قال : فاستوعبت هذه الآية الناس فلم يبق احد

---

(١) الاموال لأبي عبيد : ٥٨ ف/١٥١ و ١٥٢ .

من المسلمين الا له فيها حق او قال: حظ وإن عشت ـ إن شاء الله ـ ليؤتين كل مسلم حقه حتى يأتي الراعي بسرو حمير ولم يعرق فيه جبينه [1] .

وروي عن طريق سفيان بن وهب الخولاني أنه لما افتتحت مصر بغير عهد قام الزبير فقال : ياعمرو بن العاص إقسمها ، فقال عمرو :لاأقسمها . فقال الزبير : لتقسمنها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر ، فقال عمرو : لا اقسمها حتى اكتب الى امير المؤمنين . فكتب إلى عمر ، فكتب إليه عمر : أن دعها حتى يغزو منها حبل الحبله .

قال ابن حجر : قال ابن منير : وجه احتجاج عمر بقوله تعالى : والذين جاءوا من بعدهم أن الواو عاطفة فيحصل اشتراك من ذكر في الاستحقاق ، والجملة في قوله تعالى (يقولون) في موضع الحال ، فهي كالشرط للاستحقاق ، والمعنى أنهم يستحقون في حال الاستغفار ، ولو اعربناها استئنافية للزم أن كل من جاء بعدهم يكون مستغفراً لهم ، والواقع بخلافه ، فتعين الاول [2] .

ثالثاً ـ مارواه مسلم واحمد وابو داود عن ابي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ منعت العراق درهمها وقفيزها ، ومنعت الشام مديها ودينارها ، ومنعت مصر أردبها ودينارها ، وعدتم من حيث بدأتم وعدتم من حيث بدأتم ، وعدتم من حيث بدأتم .

ومحل الاستدلال بهذا الحديث ، إيضاحه أن لله حقاً متعلقاً بأرض اهل العراق والشام ، وهو الخراج الذي يدفع بالدراهم والأقفزه ، وذلك

---

(١) الاموال : ٥١ ف/١٤ والسرو المكان المرتفع . وسرو حمير إسم لمنازل حمير بأرض اليمن وهي عدة مواضع . (معجم البلدان : ٣/٢١٧) .

(٢) فتح الباري : ٦/١٣٩ .

إنما يكون ببقائها تحت أيدي اهلها وجعل ريعها غلة تؤدى للمسلمين ، وصيغة الماضي في (منعت) مجاز عن المستقبل . إذ المعنى : يوشك أن يأتي يوم تمتنع فيه العراق والشام ومصر عن دفع الخراج ، وسبب ذلك أن الروم يستولون على هذه البلاد في آخر الزمن ، فيمنعون حصول ذلك للمسلمين أو أن المسلمين يتهارجون ويتحللون عن التزام الشريعة الاسلامية فلا يجبى خراج على أرض ولا جزية على كتابي .

يؤيد هذا التفسير ما رواه مسلم وغيره بلفظ آخر : يوشك أهل العراق أن لا يُجبى اليهم قفيز ولا درهم ، قلنا من أين ذلك ؟ قال من قبل العجم يمنعون ذاك ، ثم قال : يوشك أهل الشام أن لا يجبى اليهم دينار ولا مدى ، قلنا من أين ذاك قال : من قبل الروم[1] .

رابعاً – فتح رسول الله ﷺ مكة فمنّ على أهلها وأقرهم على أراضيهم ولم يقسمها بين المقاتلين والغانمين ، ولو كانت الارض داخلة في عموم أموال الغنائم لقسمها النبي ﷺ ، كما قسم غيرها من الاموال .

فهذه الأدلة الاربعة هي أدلة القدر المشترك الذي تمسك به الجمهور ، وهو عدم وجوب قسمة الاراضي التي تكون في أموال الغنائم .

ثم إن الحنفية استدلوا لما اختصوا به من أنّ الارض لا تكون وقفاً بمجرد الاستيلاء عليها ، بل الامام مخير في اتباع ما يراه أنه المصلحة ، بما قالوا من أن النبي ﷺ أعطى خيبر لليهود يعملون فيها بالشطر مما يخرج منها ، ثم أرسل عبد الله بن رواحة ، فقاسمهم . قالوا فظهر من ذلك أن رسول الله ﷺ قسم طائفة من الارض ، وأبقى طائفة منها لم يقسمها ، فبان أنّ الإمام بالخيار بين القسمة والاقرار في أيديهم ، وأنها لاتصبح وقفاً ضرورياً بمجرد الفتح والاستيلاء .

---

(١) انظر النووي على مسلم : ١٨ / ٢٠ و ٣٨ .

أدلة الشافعية :

أولاً — استدلوا بعموم قوله تعالى في سورة الانفال : (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه ...) الآية ، فقد دلت بعمومها على أن كل ما غنمه المسلمون بقتال من اموال المحاربين يخمس ويقسم سواء كان أرضاً أو غير أرض .

ثانياً — استدلوا بالمفهوم المخالف لقوله تعالى في سورة الحشر : (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى ...) الآية ، وذلك على أساس أنهم فهموا أن الفيء المراد في هذه الآية هو نفس الفيء المراد بالآية التي قبلها . وهي قوله تعالى : (وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) وواضح أن المراد بما أفاء الله على رسوله هنا هو المال الذي جاء بدون قتال وايجاف كما تنص الآية ، قالوا : والدليل على أن الآيتين واردتان على مقصود واحد بالفيء ، أن السورة كلها نازلة بحق يهود بني النضير ، والحديث هنا حديث عما أكرم الله به المسلمين من أموال اليهود بدون قتال أو اشتباك بينهم وبين المسلمين ، فليس ثمة أي مسوغ لأن يفهم بالفيء في الآية الثانية غير الذي فهم منه في الآية الاولى .

ثالثاً — ما رواه مسلم وأحمد عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: أيما قرية اتيتموها فاقمتم فيها فسهمكم فيها ، وأيما قرية عصت الله ورسوله فإن خمسها لله ورسوله ثم هي لكم ، قال الخطابي : فيه دليل على أن العنوة حكمها حكم سائر الأموال التي تغنم وأن خمسها لأهل الخمس وأربعة اخماسها للغانمين [1] .

(١) انظر نيل الاوطار : ٨/١٣ وسبل السلام : ٤/١٠٠ .

رابعاً ـ أنه ﷺ افتتح خيبر فقسم أراضيها بين الغزاة ، فقد روى البخاري ومالك عن زيد بن أسلم عن أبيه قال : قال عمر ، لولا آخر المسلمين ما افتتحت قريــة إلا قسمتها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر ، وروى البخاري بسنده عن مالك بن انس عن سالم مولى ابن مطيع أنه سمع أبا هريرة رضي الله عنه يقول : افتتحنا خيبر فلم نغنم ذهباً ولا فضة ، إنما غنمنا الابل والبقر والمتاع والحوائط ، أي البساتين [1] .

وروى أبو عبيد عن بشير بن يسار أن رسول الله ﷺ لما أفاء الله عليه خيبر ، قسمها على ستة وثلاثين سهماً ، جمــع كل سهم منها مائة سهم وعزل نصفها لنوائبه وما ينزل به ، وقسم النصف الباقي بين المسلمين ، وسهم رسول الله ﷺ فيما قسم : الشق والنطاة وما حيز معها ، وكان فيما وقف : الكتيبة والوطيحة وسُلالم . فلما صارت الأموال في يدي رسول الله ﷺ لم يكن له من العمال ما يكفون عمل الأرض فدفعها رسول الله ﷺ إلى اليهود يعملونها على نصف ماخرج منها ، فلم تزل على ذلك حياة رسول الله ﷺ وحياة أبي بكر ، حتى كان عمر فكثر العمال في أيدي المسلمين وقووا على عمل الأرض فأجلى عمر اليهود إلى الشام وقسم الأموال بين المسلمين إلى اليوم [2] .

خامساً ـ مناقشة الأدلة

مناقشة الجمهور أدلة الشافعية :

قالوا : أولاً ـ إنما يؤخذ بعموم قوله تعالى : (واعلموا إنما من

---

(١) انظر الام : ٤/١٩٣ والتحفة لابن حجر : ٧/١٤٥ .

(٢) الاموال : ٥٦/ف : ١٤٢ .

شيء ..) الآية ، لو سلم لكم دعوى أن آية الحشر : (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى ..) خاصة بفيء بني النضير ، أي بما لم يأت بإيجاف وقتال . ولكن الحق أن هذه الآية تعني نفس الغنائم التي تحدثت عنها آية الأنفال . فقد روي عن ابن عباس أن هذه الآية إنما تعني أموال بني قريظة التي غنمها المسلمون ، ومعلوم أن المسلمين إنما غنموها بإيجاف ولم يكسبوها بصلح[1] .

وإذا كانت الآية بهذا واردة على نفس مورد آية الأنفال ، فلا بد من المصير إلى التخصيص على النحو الذي أسلفنا .

فيكون موقع هذه الآية من التي قبلها وهي : (وما أفاء الله على رسوله منهم ..) الآية ، موقع تجلية وتبيين ، كأنه قيل : قد علمنا حكم الفيء من بني النضير فما حكم الفيء من غيرهم ، أي من سائر أموال الكفار ؟ فقال : ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى ... الآية[2] .

وإذا ثبت أن الحق في تفسير آية الحشر هو هذا ، لم يبق مجال لاعتبار المفهوم فيها ، إذ دلالة المفهوم المخالف فيها خاصة بما إذا كان المقصود من الفيء فيها ، نفس المقصود منه في الآية التي قبلها ، وقد أوضحنا بطلانه .

وقالوا ثانياً — إن حديث مسلم وأحمد : أيما قرية أتيتموها .. الحديث — محمول على الأموال المنقولة ، بدلالة الآية التي في سورة

---

(١) انظر الجامع لأحكام القرآن : ١٨/١٢ وأحكام القرآن لأبي بكر بن العربي : ١٧٦٠/٤ .

(٢) تفسير آيات الاحكام للسايس واخوانه : ١٣٦/٤ .

الحشر ، وبدلالة عمل عمر والاجماع الذي تم على فعله فلا يقوم به الدليل على ما ذهبتم اليه .

وقالوا ثالثاً - إن تقسيم رسول الله ﷺ لخيبر بين المسلمين ، لايعارض ما ذهبنا إليه ، ولا يؤيد ما تمسكتم به ، إذ إن المذهب الذي ذهبنا اليه في هذه المسألة أنه ليس على الإمام أن يقسم الأرض بين الغانمين بل له أن لا يقسمها إذا لاحت له المصلحة في عدم القسمة ، وغاية ما يـدل عليه عمل الرسول بأراضي خيبر ، أنه رأى المصلحة إذ ذاك في تقسيمها .

وأنت خبير أن المالكية والحنفية والحنابلة اتفقوا على أن للامام أن يقسم الأرض بين الغانمين إذا رأى أن المصلحة داعية إلى ذلك ، وان افترقت المالكية عنهم ، بما ذهبوا اليه من أن الأرض تصبح وقفاً بمجرد الاستيلاء عليها .

على أن فيما أقدم عليه النبي ﷺ من تقسيم بعض خيبر ، وحبس بعضها الآخر كما ورد في حديث بشير بن يسار دليلاً على ما ذهب اليه الجمهور من وجوب اتباع المصلحة ، إذ لولا هذا الاتباع لكان ينبغي أن يقسم الرسول عليه الصلاة والسلام كل خيبر ، لأنها فتحت عنوة .

وقالوا رابعاً - إنكم اتفقتم معنا في أن جملة (والذين جاءوا من بعدهم) معطوفة على جماعات المستحقين المذكورين من قبل ، وإن حبس الأرض عن التوزيع انما هو لأجل أن يدخل هؤلاء أيضاً في الاستفادة منهـا ، فنقول لكم عندئذ : لا معنى لتخصيص هذا التعليل بالاموال المأخوذة بدون حرب ، إذ لا تختلف مصلحة المسلمين الآتين فيما بعد والذين هم بحاجة الاعتماد على مايغنمهم - بين صورتي الأراضي المأخوذة عنوة والمأخوذة صلحاً ، وعلى هذا فيجب أن يكون المدلول عاماً بقدر عموم الدليل نفسه .

مناقشة الشافعية للجمهور :

ناقش الشافعية أدلة الجمهور فقالوا :

أما استدلالكم بآية سورة الحشر ، فإننا نخالفكم فيما ذهبتم اليه من أنّ كلمتي (الغنيمة) و (الفيء) بمعنى واحد ، بل إن الغنيمة يراد بها الاموال المكتسبة بحرب ، والفيء ما اكتسبه المسلمون من اعدائهم بغيرها . وفي ذلك يقول الشافعي : (والغنيمة هي الموجف عليها بالخيل والركاب لمن حضر من غني أو فقير ، والفيء هو ما لم يوجف عليه بخيل ولاركاب) [1] .

وقالوا : واذا ثبت هذا تبين أنه لا مقتضي للتفريق في المعنى بين آيتي الحشر الأولى والثانية ، اذ إن كلاهما تتحدثان عن نوع واحد من الاموال المكتسبة ، ألا وهو ذاك الذي لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب . يدل على هذا — الى جانب ما ذكرناه — أن الآية الاولى وهي (وما أفاء الله على رسوله منهم فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء ..) الآية ، خالية عن أي حكم يتعلق بالفيء ، وإنما هي تمهد للحكم الآتي فيما بعد ، بما تصفه من خصائص الفيء التي يفترق بها عن الغنيمة ، كما ترى في الآية ؛ ثم جاءت الآية الثانية التي تليها بياناً للحكم وترتيباً للنتائج على المقدمات . ولو قلت : لا بل ان الآية الثانية حديث عن نوع آخر من الاموال المكتسبة غير الذي تتحدث عنه الآية الاولى لبقيت الاولى كلاماً غير متمّم ولا فائدة مهمة فيه ؛ إذ الكل يعلم أن هذا الذي أفاءه الله على المسلمين من أموال بني النضير ، جاءهم بدون إيجاف خيل ولا ركاب ، فما الجديد في الآية مما يريد الله عز وجل أن يخاطب به الناس ؟ .

---

(١) الأم : ٤/٦٤ .

لا جرم أن الجديد فيما هو الحكم الذي رتبه على ما هو معلوم لديهم ، والذي ذكره في الآية الثانية ، وهو يستلزم أن يكون المراد بالفيء في كلا الآيتين شيئاً واحداً .

وإذا تبين لك أن هذا هو الحق في تفسيره الآية الثانية وفي بيان علاقتها بالآية التي قبلها ، فإن تعليل الحكم بعد ذلك بقوله : (لكيلا يكون دُولةً بين الاغنياء منكم) وبقوله (والذين جاءوا من بعدهم) لا يغير من وجه الحكم شيئاً ، ذلك لأن العلة أضعف من النص فلا تقضي عليه ، والحكم إنما يثبت بالنص الدال عليه ، لا بالعلة التي تذكر في سياقه .

وأما عمل عمر رضي الله عنه من عدم تقسيمه السواد ، فإنه من قبيل دلالة الفعل أو رواية قضايا الأعيان ، والجمهور على أنه لا عموم في الأفعال ولا في رواية قضايا الاعيان ، لما يكتنفها من الاحتمالات الكثيرة ، والدليل إذا طاف به الاحتمال سقط به الاستدلال ، فلا بد من تلمس القرائن الأخرى .

أما الاحتمال الاول ، فيطوف حول كيفية فتح السواد : هل اخذ السواد عنوة أم صلحاً ؟ . وقع في ذلك خلاف طويل ، وقامت على ذلك أدلة متعارضة . يقول الشافعي في الأم :

لست أعرف ما أقول في أرض السواد إلا ظنّاً مقروناً إلى علم ، وذلك أني وجدت أصح حديث يرويه الكوفيون عندهم في السواد ليس فيه بيان ، ووجدت أحاديث من أحاديثهم تخالفه (١) ، منها أنهم يقولون:

---

(١) أي تخالف أصح حديث يرويه الكوفيون .

السواد صلح ، ويقولون السواد عنوة ويقولون : بعض السواد صلح وبعضه عنوة [1] .

فمن قال إن السواد لم يؤخذ عنوة ما رواه يحيى بن آدم عن الحسن ابن صالح قال : سمعنا أن الغنيمة ما غلب عليه المسلمون حتى يأخذوه عنوة بالقتال ، وان الفيء ماصولحوا عليه ، قال الحسن : فأما سوادنا هذا فإنا سمعنا أنه كان في أيدي النبط ، فظهر عليهم أهـــل فارس ، فكانوا يؤدون اليهم الخراج ، فلما ظهر المسلمون على أهل فارس تركوا السواد ومن لم يقاتلهم من الدهاقـين على حالهم ، ووضعوا الجزية على رؤوس الرجال ، ومسحوا ما كان في أيديهم من الأرضين ، ووضعوا عليهم الخراج ، وقبضوا على كل أرض ليست في أيد أحـد ، فكانت صوافيّ للإمام [2] أي لان النبط لما كانوا أحراراً في مملكة أهل فارس وهم الذين قاتلوا المسلمين ولم يقاتلهم النبط ، كانت أراضيهم ورقابهم على ما كانت في أيام الفرس ، لانهم لم يقاتلوا المسلمين ، فكانت أراضيهم ورقابهم في معنى ما صولحوا عليه .

وروي أبو عبيد بسنده عن محمد بن مساور عن شيخ من قريش عن عمر بن الخطاب أن الرفيل ورؤوساً من رؤوس أهل السواد اتوا عمر ، فقالوا : يا أمير المؤمنين ، انا كنا قد ظهر علينا أهل فارس ، فأضروا بنا واساءوا الينا . وذكروا ما افترطوا فيهم من الشر بعد ، فلما جاء الله بكم أعجبنا مجيئكم وفرحنا ، فلم نهدكم (نردكم) عن شيء ، ولم نقاتلكم ، حتى إذا كان بأخرة بلغنا أنكم تريدون أن تسترقونا ،

---

(١) الأم : ٤/١٩٢ .

(٢) انظر أحكام القرآن للجصاص : ٤/٥٣٢ . وأنظر أيضاً تاريخ الطبري ٣/٨٤٥ فما بعد

فقال له عمر : فالآن فان شئتم فالاسلام وأن شئتم فالجزية وإلا قاتلناكم قال فاختاروا الجزية .

والاحتمال الثاني ، يطوف حول كيفية حبس السواد عن القسمة على فرض أنه عنوة خاضع للقسم ، فهنالك ما يدل على أن عمر رضي الله عنه كان قد قسم كثيراً من السواد . ومضت على ذلك مدة من الزمن ثم استردها من أصحابها بعد أن استرضاهم فهـذا عمل خارج عن محل النزاع .

روي الشافعي في الأم وأبو عبيد في الأموال ، كلاهما عن اسماعيل ابن ابي خالد عن قيس بن ابي حازم ، قال : كانت بجيلة ربع الناس يوم القادسية ، فجعل لهم عمر ربع السواد فأخذوه سنتين أو ثلاثا ، قال : فوفد عمار بن ياسر الى عمر ومعه جرير بن عبد الله ، فقال عمر لجرير : يا جرير لولا أني قاسم مسؤول لكنتم على ما جعل لكم ، وأرى الناس قد كثروا فأرى أن ترده عليهم ففعل جرير ذلك فاجازه عمر بثمانين ديناراً .

قال اسماعيل بن قيس : وقالت امرأة من بجيلة يقال لها (ام كُرز) لعمر : يا أمير المؤمنين ان أبي هلك ، وسهمه ثابت في السواد ، وإني لم أسلّم فقال لها : يا أم كرز إن قومك قد صنعوا ما علمت ، قالت ان كانوا قد صنعوا ما صنعوا فاني لست اسلّم حتى تحملني على ناقة ذلول عليها قطيفه حمراء ، وتملأ كفي ذهباً ، قال : ففعل عمر ذلك . فكانت الدنانير نحواً من ثمانين ديناراً [1] .

---

(١) الاموال لأبي عبيد : ٦١ و ٦٢/ف : ١٥٤ و ١٥٥ وروى الشافعي في الام بنحوه : ١٩٢/٤ .

قال الشافعي بعد أن روى هـذين الخبرين : وهـذا أولى الامور بعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه عنـدنا في السواد وفتوحه إن كان عنوة [1] .

وأما حديث سفيان بن وهب الخولاني عن فتح مصر وقـول عمر لعمرو بن العاص : دعها حتى يغزو منها حبل الحبلة ، فيجاب عنه بجوابين :

الاول : ان الحديث ضعيف بل واه ، ذلك أن فيه ابن لهيعة يرويه بعدة وجوه وقد اجمع علماء الحديث على تركه .

الثاني: ان الاحتمال الذي أوردناه في فتح سواد العراق هل كان عنوة أم صلحا ، هو بنفسه وارد هنا ، بـل الراجح أن مصر فتـح معظمها صلحا ، يقول أبو عبيد :

(ان قبط مصر ، قصتهم شبيهة بقصة أهل السواد ، إنما كانت الروم ظاهرة عليهم كظهور فارس على هؤلاء ، ولم تكن لهم منعة ولا عز ، فلما أجليت عنهم الروم صاروا في أيـــدي المسلمين ، فلذلك اختلفت الروايات فيهم ، فقال بعضهم أخذوا عنوة ، وقال بعضهم : صالحت عنهم الروم المسلمين صلحا ، وفي كل ذلك أحاديث) ثم ساق أحاديث في أنها فتحت عنوة ، كلها عن ابن لهيعة لا يعول عليها ، ثم قال : (وأما الصلح فحدثنا حسان بن عبد الله عن بكر بن مضر عن عبيد الله بن أبي جعفر قال : سألت شيخاً من القدماء : هل كان لأهل مصر عهد ؟. قال نعم ، قلت : فهل كان لهم كتاب ؟ قال نعم ، كتاب عند طلما صاحب أخنا [2] وكتاب عند فلان ، وكتاب عند فـلان ، قلت :

---

(١) الام : ٤/١٩٢ .

(٢) طلما ضبطها ياقوت بفتح الطاء واللام ، وإخنا واخنو مدينـة قديمة قرب الاسكندرية . وانظر في هذا البحث تاريخ الطبري : ٤/١٠٨ فما بعد .

كيف كان عهدهم ؟ قال عليهم ديناران من الجزية ورزق المسلمين ، قلت أتعلم ما كان لهم من الشروط ، قال : نعم ، ستة شروط : أن لا يُخرجوا من ديارهم وأن لا تنزع نساؤهم ولا أبناؤهم ولا كنوزهم ولا أرضوهم ولا يزاد عليهم . فهذان الجوابان يبطلان دلالة ذلك الحديث على المدعى .

وأما حديث مسلم وأحمد وأبي داود : منعت العراق درهمها ودينارها الحديث فان الدليل فيه أعم من المدعى الذي تتمسكون به ، إذ الحديث يصدق بمجرد أن ينقطع ما كان يصل إلى المسلمين من دراهم العراق وأقفزتها وأن ينقطع ما كان يصل اليهم من دنانير الشام وأمدادها ... الخ وذلك يصدق بأن يكون ما انقطع من ذلك حقا ناله المسلمون بدون قتال وايجاف ، كما يصدق بأن يكون حقاً نالوه بالقتال . فتعيينه للحالة الثانية ، وجعله بالتالي دليلا على عدم وجوب القسمة تحكم واستدلال بما لا دليل فيه .

وأما الاستدلال بفتح مكة ، وأنه عليه الصلاة والسلام منّ على أهلها ولم يقسم شيئاً من أرضها بين المقاتلين ، فنحن نخالفكم في أن مكة فتحت عنوة ، وإنما نقول إنها فتحت صلحا ، وقد كان الممثل لقريش في هذا الصلح هو ابو سفيان ، وكان الاتفاق والشرط فيه على أنه : من أغلق بابه فهو آمن ، ومن دخل دار ابي سفيان فهو آمن ، إلا ستة انفس هدر دماءهم .

على أن لمكة وضعاً آخر تختلف به عن مدن الدنيا ، فهي حتى ولو فتحت عنوة ما كان ينبغي تقسيم أراضيها نظراً لهذا الوضع الخاص بها ، فهي دار النسك ومتعبد الخلق وحرم الرب تعالى ، فكأنه وقف من الله

تعالى للعالمين ، ولهذا ذهب بعض العلماء ومنهم أبو حنيفة إلى منع بيع أراضي مكة المكرمة ودورها [1] .

سادساً ـ النظر والترجيح

بعد هذا الذي عرضناه من آراء الائمة وأدلتهم ومقابلة الادلة مع بعضها بالنقاش والنقد ، لا يسع الباحث الا أن يعترف بأن الادلة كلها محتملة ، وبأن الآراء كلها متقاربة ، ولا مجال للمجتهد بأن يقطع بواحد منها بيقين ، فلذلك قال الشافعي : (لست أعرف ما أقول في أرض السواد إلا ظنا مقروناً إلى علم) وإنها لكلمة تفيض بمعاني الأمانة للنظر والبحث .

غير أنا إذا عدنا نتأمل في مناقشة الأدلة ، وجدنا أن أهم مثارات الخلاف والبحث في هذه المسألة أمران اثنان :

الأول ـ دلالة الآية الثانية من آيات الفيء في سورة الحشر .

الثاني ـ قصة عمر بن الخطاب مع سواد العراق .

فأما الأمر الأول ، فلعل المتأمل في النقاش الذي سقناه آنفاً يرى أن فهم الشافعي للآية هو الفهم الذي يقبله النظر والبحث ، فذلك أقرب من أن نتكلف القول بتخصيص كل من آيتي الانفال والحشر للاخرى أو القول بنسخ آية الانفال لاية الحشر ، مع العلم بأن الثاني يقتضي أسبقية آية الحشر ولا دليل يعتمد عليه للذهاب إلى ذلك

إلا أن استدلال عمر رضي الله عنه بآية الحشر على ما ارتضاه

(١) راجع الاحكام السلطانية للماوردي : ١٦٤ ، وزاد المعاد لابن القيم : ٢/١٧٤ وفقه السيرة للمؤلف : ٤٤٨ .

من منع تقسيم السواد ، يخالف فهم الشافعي لها ، ويقوي دليل الجمهور فيما ذهبوا اليه من وجه تفسيرها ، اللهم إلا إذا اعتمدنا أن السواد كان صلحا وليس عنوة ، فاستدلاله بها يكون منسجماً مع ما فهمه الشافعي منها ، ويشكل علينا حينئذ طلب الصحابة تقسيمها إذ فيم يطلبون ذلك مادام أنها أرض صلح وهم من أعلم الناس بانها لا تقسم ؟.

وأما الامر الثاني ، فلعلك لاحظت أن الشافعي يميل إلى أن عمر إنما استطاب قلوب الغانمين ، إذ حبس الارض عنهم ولم يقسمها عليهم ، وهو إن استطاع أن يستدل على ذلك بخبر الرجل والمرأة البجليين وأنه أعطى كلا منهما ما استرضاه به من المال ، فان في بقية أخبار السواد ما لا يساعده على ذلك .

روى أبو عبيد عن الماجشون قال : قال بلال لعمر بن الخطاب في القرى التي افتتحها عنوة : إقسمها بيننا وخذ خمسها ، فقال عمر : لا ، هذا عين المال ولكني احبسه فيما يجري عليهم وعلى المسلمين ، فقال بلال وأصحابه اقسمها بيننا ، فقال عمر : اللهم اكفني بلالاً وذويه ، قال فما حال الحول ومنهم عين تطرف[1] ، فكيف يتصور الاسترضاء وهو يدعو على بلال وأصحابه ؟. وأي طيب نفس هذا ؟ .

ثم هو يعتمد (في عدم الاستدلال بعمل عمر) على احتمال أن السواد جاء صلحاً ولقد رأيت أن أدلة ذلك قوية ومروية بوجوه وعن طرق عديدة ، ولكن يفسد دلالة ذلك ، أننا لم نجد عمر رضي الله عنه يحتج على الصحابة به ، وكان خيراً له — لو أن السواد إنما جاءهم صلحاً — أن يلزمهم بالحكم الشرعي الصريح فيه ، ولكنه كان يستدل عليهم بدلاً من ذلك بالآية تارة وبمصلحة المسلمين اخرى .

---

(١) الاموال : ٥٨ ف : ١٤٧ .

وفي نظري أنّ أقوى الأدلة التي اعتمدها الشافعي ، حديث مسلم واحد : أيما قرية أتيتموها فأقمتم فيها فسهمكم فيها ، وأيما قرية عصت الله ورسوله فان خمسها لله ورسوله ، ثم هي لكم . والقول بتخصيص القرية، بالاموال المنقولة ، رد ضعيف لا مستند له ، إذ القرية تكاد تكون نصاً على الارض ، ذلك أنها أبرز وأول شيء فيهـا ، ولو كان قصد الرسول ﷺ منها الاموال المنقولة فقط ، لاستبعد التعبير بكلمة (القرية) .

أما أقوى الأدلة التي اعتمدها الجمهور فهو عمل عمر مستدلاً بكل من الآية والمصلحة . ولعل أقرب ما يمكن أن ننتهي اليه ، أن نقول في المسألة بعكس ما يقوله المالكيـة [1] أي : إن الاصل في الغنـائم من الأراضي هو القسمة تطبيقاً لمقتضى النصوص ، إلا أن تدعو المصلحة الاسلامية إلى عدم القسمة فلا تقسم عندئذ قياساً للغنيمة على الفيء بجامع العلة التي أومأ اليها القرآن في سورة الحشر : (لكي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم) إلى (... والذين جاءوا من بعدهم) .

وعلى هذا القياس ينزل اجتهاد عمر رضي الله عنه ، الذي قام على كل من دليلي المصلحة والنص ، ولا بد أنك علمت في باب التخصيص من علم الأصول أن عموم الألفـاظ يجوز تخصيصه بالقياس ، وهـــذا ما فعله عمر :

فإنّ آية الغنائم في سورة الانفال عامة لكل الاموال ، وحكم عدم القسمة للفيء في سورة الحشر معلل بأن لا يكون دولة بين الأغنياء فقط

(١) هو عكس ما يقوله المالكية من حيث الطريق فقط ، أما المآل فواحد ، إذ المالكية يقولون ان رقبة الارض تصبح وقفاً للمسلمين بمجرد الاستيلاء عليها إلا إذا رأى الامام المصلحة في التقسيم ونحن نقول : ان الارض يجب أن تقسم بمجرد الاستيلاء عليها إلا إذا رأى الامام المصلحة في عدم التقسيم ، والمصير واحد .

وبأن يتمكن المسلمون الآتون مع الزمن من الاشتراك فيه ، وهاتان العلتان موجودتان في الاراضي الواصلة عن طريق الحرب إذا كانت كثيرة وكانت تسد مسداً للثغور وتجييش الجيوش ، وإقامة أسباب القوة والمنعة للاجيال القادمة ، فتقاس هذه الاراضي التي هي من الغنائم على أموال الفيء بجامع هاتين العلتين ، فهذا هو تخصيص العموم بالقياس ، وهذا ما فعله عمر .

أثر المسائل الأصولية في هذا البحث

من أبرز المسائل الأصولية التي كان لها الأثر - كما رأيت — في هذا البحث مسئلتان اثنتان .

الاولى : أن الافعال المروية عن رسول الله ﷺ لا عموم لها . ذهب إلى ذلك جماهير الأصوليين ؛ وأن رواية القضاء بالأعيان لا عموم في مدلوله أيضاً . ذهب إلى ذلك جمهور الاصوليين ماعدا الحنفية . فقول الراوي : (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة للجار) لا عموم له عند جمهور الأصوليين . إذ يحتمل أن يكون ذلك الجار مخالطاً ويحتمل أن يكون غير مخالط ، ولا دليل على عموم القضاء في حق هذا وذاك .

وانفرد الحنيفة بفهم العموم منه ، فلذلك خالفوا الجمهور في حكم شفعة الجوار ، فقضوا بها للجار مخالطاً كان أو غير مخالط .

ومن آثار الخلاف في هذه المسألة ، ما قد رأيت ، من عدم اعتماد الشافعية على قضاء عمر بحبس أرض السواد عن الغانمين دليلاً على عموم الحكم في ذلك ، إذ هو قضاء يكتنفه احتمالات كثيرة ، وليس من دليل على عموم هذا القضاء لهذه الاحتمالات كلها . أما الحنفية فلم يمنعهم

من الاستدلال بقضاء عمر أي مانع ، لأنهم يرون أن رواية قضايا الاعيان تعتبر من قبيل العموم [1] .

أمّا المالكية والحنابلة ، فرغم أنهم لا يقولون بعموم الافعال ولا بعموم قضايا الأعيان ، إلا أنهم اتخذوا من الأدلة الأخرى التي تمسكوا بها قرينة خارجية على ثبوت العموم في هذه القضية بالذات .

الثانية : تخصيص القياس لعموم النّص ، ذهب إلى تسويغه جماهير الأصوليين من المذاهب الاربعة .

وقد كانت هذه المسألة عمدتنا في ترجيح الرأي الذي ختمنا به هذا البحث . وهو رأي يتفق مع ما استهدفه الامام الشافعي من المحافظة على دلالة النص والعمل به ، كما يتفق مع ما استهدفه الآخرون من اتباع المصلحة وتحقيق معقول النص ومرماه البعيد . وإنما يكون هذا التوفيق باعتماد العلة المنصوصة في سورة الحشر لقياس الأراضي التي أخذت عنوة على الاموال التي أخذت بصلح عند تحقق العلة المنصوص عليها ، ويكون مؤدى ذلك تخصيص عموم النصوص الدالة على وجوب تقسيم كل مادخل في ملك المسلمين عن طريق ايجاف وحرب ،بمخصص هو القياس الصحيح المعتمد على علة منصوص عليها في كتاب الله تعالى .

والله تعالى أعلم .

---

(١) التقرير والتحبير : ٢٢٣/١ وشرح مسلم الثبوت : ٢٥٨/١ وانظر المستصفى : ٦٨/٢ .

العقوبة بأخذ المال

إعلم أن هذه المسألة ليست مما وقع فيه الخلاف بين الائمة على نحو ما وقع في المسائل السابقة التي درسناها ، فليس فيها مجال لاي بحث مقارن بين المذاهب ، ولكننا مع ذلك آثرنا أن نعرض لها بالشرح والبحث لسببين :

أحدهما : ان لبسا قد وقع في الحديث عنها بسبب الكيفية التي عالج بها بعض السلف رحمهم الله ، فتسلل بسبب ذلك إلى هذه المسألة التي لا نزاع فيها بحث آخر يحتمل الخلاف والنزاع ، فاقتضى الامر تحرير محل الوفاق وابعاد نواحي الخلاف والنظر عن أصل المسألة .

ثانيهما : النزعة التي تطوف باذهان بعض الباحثين المعاصرين ، تدفعهم إلى القول بصحة التعزير على الجرائم المختلفة بأخذ المال ؛ وهم يتكئون في هذا على ذلك اللبس الذي جاء نتيجة طريقة غير دقيقة في البحث سلكها أحد علماء السلف رحمه الله . والقصد من ذلك تسويغ ما يقضي به قانون العقوبات اليوم من جعل الغرامة المالية أساساً ذا دور فعال في محاربة الجنح على أختلافها واقامة العدل وتحصينه .

بيد أن الأمر يختلف بين كل من حكم الشريعة ونظر القانون ، نظراً لاختلاف منطلق كل من الأدلة والقواعد فيما بينهما ، فاقتضى الأمر تجلية الحقيقة في ذلك ، والكشف عن وجهة نظر الشريعة الاسلامية والملاحظات

الهامة التي تقتضي جعل العقوبات والتعزيرات المختلفة بنأى عن التعرض للاموال والممتلكات .

فهذان السببان : هما الدافع إلى وضع هذه المسألة للبحث والنظر ، ونحن من أجل ذلك نتبع الطريقة التالية في البحث :

أولاً – تحرير محل البحث وفصله عما قد يلتبس به من صور ومسائل أخرى .

ثانياً – جملة ما ورد من أدلة الكتاب والسنة في هذا البحث .

ثالثاً – عرض كلام الائمة في ذلك وبيان ما تم الاتفاق عليه .

رابعاً – جملة الملابسات والشبه التي تحوم حول هذه المسألة والكشف عن وجه الحقيقة فيها .

خامساً – أدلة من القواعد العامة على أن ما تم الاجماع عليه هو الحق .

أولا – تحرير محل البحث :

آثرنا أن يكون عنوان هذه المسألة : التعزير بأخذ المال ، ولم نتبع مسلك من جعل عنوانها : التعزير بالعقوبات المالية ؛ تسهيلاً لضبط محل البحث ، واحترازاً عن صور أخرى لاعلاقة لنا بها في هذا المقام .

فانت تعلم أن الشريعة الاسلامية تقسم العقوبات إلى قسمين : عقوبات محددة منصوص عليها . فلا يزاد عليها ولا ينقص منها ولا يستبدل بها غيرها ، وتسمى (الحدود) وعقوبات غير محدودة لم ينص على نوعها وكميتها كتاب ولا سنة ، فهي إلى الحاكم المسلم يجتهد فيها حسب

درجة الجناية وحسب نوعية الجاني وحسب الظروف والأسباب الدافعة وتسمى (التعزير) .

وقد أجمع العلماء على أن للامام أو القاضي أن يتخير في معاقبة الجاني الذي اقترف جناية لاحد فيها ، بين الحبس والضرب والنفي والتشهير والتقريع والتأنيب .

وتحدث العلماء عن التعزير باتلاف المال في الجنايات الواقعة على الاموال ، كمن غش لبناً فأراقه عليه الحاكم ، كما تحدثوا عن التعزير بأخذ المال في الجنايات التي تتعلق باكتساب المال بدون حق ، كاكتساب الوالي أموالاً عن طريق ولايته ، وليس شيء من هذا كله متعلقاً بمحل البحث .

ولكن ما هو الحكم الشرعي في معاقبة الحاكم إنساناً على اقتراف جناية لا علاقة لها بالمال ، بأخذ غرامة مالية منه وتمليكها لبيت مال المسلمين أو لجهة أو لشخص ما ؟.

هذا هو محل البحث ، وهذا ما نريد أن نكشف عن وجه الحقيقة فيه ، عن طريق ذكر الادلة الواردة في ذلك أولاً ، ثم عن طريق بيان ما قاله في ذلك الائمة ثانيا ، وعن طريق القواعد والأسس الشرعية العامة ثالثاً .

ثانياً ـ جملة ما ورد من أدلة الكتاب والسنة في هذا البحث

ونقصد بهذا العنوان كل ما قد ورد مما يتعلق بهذا البحث تسويغاً أو منعاً . فأما التسويغ ، فقد ورد فيه حديثان : أحدهما ما رواه أبو داود والنسائي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه قال : في كل إبل سائمة ، في كل أربعين ، ابنة لبون ، لا يفرق

ابل عن حسابها ، من أعطاها مؤتجراً فله أجرها ومن أبى فأنا آخذوها ، وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا ، لا يحل لآل محمد منها شيء .

ثانيها عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن الثمر المعلق فقال : (من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خُبنة فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله والعقوبة ، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجنّ فعليه القطع . ومن سرق دون ذلك فعليه غرامة مثليه والعقوبة)[1] رواه أبو داود وابن ماجه . ورواه الامام أحمد بالفاظ مختلفة .

وسنتحدث عن هذين الحديثين في المكان المناسب فيما بعد .

وأما المتسع ، فأنت خبير بأن الأدلة العامة المتعلقة بالنهي عن أخذ أموال الناس إلا بالحق تشمل هذه الصورة ، مالم يأت دليل خاص يخرجها من دائرة العموم ويضعها ضمن دائرة ما أخذ بالحق ، إذ ما يؤخذ بالحق لا يعلم أنه كذلك إلا عن طريق الأدلة نفسها التي نهت عن الأخذ بالباطل .

إذا علمت هذا ، فقد قال الله عز وجل : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقال رسول الله ﷺ في الحديث المتفق عليه : (تعلمُنّ أن كل مسلم أخ للمسلم وأن المسلمين أخوة ، فلا يحل لامرىء من أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس منه) وقد دلت نصوص الكتاب والسنة على انحصار وسائل التملك في الأسباب التالية :

احراز المباحات بشروطه المعروفة ، والعقود الشرعية بشروطها المعروفة ، والارث حسب بيان الشريعة وتفصيلها المعروف ، والضمانات التي تستتبع الغصب والاتلاف ، والصدقات والهبات التي تكون قائمة على

(١) الخبنة معطف الإزار وطرف الثوب ، أي لايأخذ منه في ثوبه ، والجرين موضع تجفيف التمر ، المجن الترس .

محض الرض القلبي ، ولا داعي إلى أن نطيل بذكر النصوص الدالة على مشروعية التملك عن طريق هذه الأسباب ، إنما الذي ينبغي أن ننتبه اليه هو أنه لا يوجد أي نص أو دليل شرعي يضيف إلى هذه الاسباب سبباً آخر هو : التملك عن طريق انزال العقوبات ، وإذا لم يوجد أي نص على هذا فلا شك أن هذا السبب يدخل في عموم النهي الاصلي ألا وهو النهي عن أخذ أموال الناس بالباطل .

ولك أن تقول : ولكن حديث بهز بن حكيم السابق يدل على مشروعية التملك عن طريق العقوبة ، فالجواب على ذلك أن الحديث لا ينهض أن يكون دليلاً عليه لما سيأتي قريباً

ثالثاً ـ عرض كلام الائمة في ذلك وبيان ماتم الاتفاق عليه

١ ـ الشافعية : اتفق علماء الشافعية على أن من استحق التعزير بارتكاب مالاحد فيه من الجنايات أو المحرمات ، كان للامام أن يعزره بضرب أو سجن أو تغريب أو تشهير بين الناس ، أو إغلاظ له في القول ، ولم يزيدوا على هذه الوسائل شيئاً آخر . ولو كان التعزير باخذ المال جائزاً عندهم لذكروه ، هذا ما تنص عليه كتب الشافعية عامة في باب التعزير .

وفي باب الزكاة نص الشافعية على أن الممتنع عن دفع الزكاة ، تؤخذ منه الزكاة قهراً ، ويعزر أن لم يكن له عذر في الامتناع عن الدفع ، ولا يغرم شيئاً من المال .

قال في المهذب :

(.. وان منعها بخلا أخذت منه وعزر (أي بوجه من أوجه التعزير السابقة) وقال في القديم : تؤخذ الزكاة وشطر ماله عقوبة

لما روي بهز بن حكيم عن أبيه عن جده .. الحديث والصحيح هو الأول [1] .

وقال الإمام المزني في مختصره نقلاً عن نص الشافعي : (ولو غلّ صدقته عزر (وقد عرفت معنى التعزير ووجوهه) إن كان الامام عادلاً إلا أن يدعي الجهالة ، ولا يعزر إذ لم يكن الامام عادلاً) [2]

وذكر النووي في مجموعه تفصيلاً لهذا الكلام فقال :

(. . وإذا منعها حيث لا عذر أخذت منه قهراً كما ذكرناه ، وهل يؤخذ معها نصف ماله عقوبة له ؟ . فيه طريقان : أحدهما القطع بأنه لا يؤخذ ، وممن صرح بهذا الطريق القاضي أبو الطيب في تعليقه والماوردي والمحاملي في كتبه الثلاثة والمصنف في التنبيه وآخرون .

وحكوا الأخذ عن مالك ، قيل وليس هو مذهبه أيضاً ، والطريق الثاني ـ وهو المشهور وبه قطع المصنف هنا والاكثرون ـ وفيه قولان : الجديد لا يؤخذ ، والقديم يؤخذ وذكر المصنف دليلها ، واتفق الاصحاب على أن الصحيح أنه لا يؤخذ) [3] .

٣ ـ الحنفية : شأن التعزير عند الحنفية كشأنه عند الشافعية ، فلا يجوز أن يتجاوز به الامام ما ذكرناه أيضاً إلى أخذ شيء من المال مطلقاً ، قال في تنوير الأبصار : (ويكون بالضرب والحبس والصفع وفرك الاذن وبالكلام العنيف وبنظر القاضي اليه بوجه عبوس وشتم غير القذف ، لا بأخذ مال في المذهب) وعلق ابن عابدين في حاشيته على

---

(١) المهذب لأبي اسحاق الشيرازي : باب الزكاة : ٥/٣٣١ من المجموع .
(٢) مختصر المزني : ١/٢٠٤ على هامش الأم .
(٣) المجموع للنووي : ٥/٣٣٤ .

قوله : في المذهب ، ففصل الامر في ذلك قائلا : (قال في الفتح : وعن ابي يوسف يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال ، وعندهما وباقي الأئمة لا يجوز ، ثم قال) وظاهره ان ذلك رواية ضعيفة عن أبي يوسف، قال في الشرنبلالية ولا يفتى بهذا ، لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه ، ثم نقل عن البزازيه قوله : أن معنى التعزير بأخذ المال – على القول به – امساك شيء من ماله عنه مدة لينزجر ثم يعيده الحاكم اليه ، لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال ، كما يتوهمه الظلمة ، إذ لا يجوز لاحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي ، ثم قال : والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال [1] .

وهـذا الذي ذكره صاحب تنوير الأبصار ونقله ابن عابدين عن البزازيه وغيرها هو ما يقوله عامة علماء المذهب في هذه المسألة .

٣ – المالكية : لم يقع خلاف عند المالكية في أنه لا يجوز التعزير بأخذ المال ، وعباراتهم في بيان هـذا الحكم اصرح واقطع من عبارات غيرهم من علماء المذاهب الاخرى .

قال العلامة الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدرديري تعليقاً على قوله « وقـد يكون أي التعزير بغير ذلك » : (أي كاتلافه لما يملكه كاراقة اللبن على من غشه حيث كان يسيرا ، ولا يجوز التعزير بأخذ المال اجماعاً ، وما روي عن الامام أبي يوسف صاحب أبي حنيفة من انه جوز للسلطان التعزير بأخـذ المال ، فمعناه كما قال البزازي من أئمة الحنفية ان يمسك المال عنده مدة لينزجر ثم يعيده اليه ، لا أن يأخـذه لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة ، إذ لا يجوز أخـذ مال

(١) انظر الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : رد المحتار : ٣/١٨٤ .

مسلم بغير سبب شرعي أي كشراء وهبة)[1] .

والغريب أن بعض الكاتبين نقل عن مذهب المالكية ، رغم هذا ، القول بجواز فرض عقوبات مالية على بعض الجنايات ؟ ! ! . . وكأن هذا النقل الذي لا يعتمد على دقة في البحث والنظر ، من جملة الاسباب التي أورثت هذه المسألة شيئاً من الغموض عند كثير من الباحثين .

وموعد الحديث عن هذه الأسباب الفقرة التالية لعرض مذاهب الأئمة

٤ ـ **الحنابلة** : قال ابن قدامة في مغنيه : (والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ ولا يجوز قطع شيء منه ولا أخذ ماله ، لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحـــد يُقتدى به ، ولأن الواجب ادب ، والتأديب لا يكون بالاتلاف)[2] .

وقال في باب الزكاة : (وان منعها معتقداً وجوبها وقدر الامام على أخذها منه ، أخذها وعزره ولم يأخذ زيادة عليها في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم ، وكذلك ان غل ماله وكتمه حتى لا يأخذ الامام زكاته فظهر عليه)[3]

وبذلك تعلم ان مذهب الحنابلة في هذا لا يختلف عن مذهب بقية الأئمة الذين استعرضنا مذهبهم في هذه المسألة .

وإذا تبين لك هذا ، علمت أن إجماع المذاهب الأربعة قد انعقد على على أن التعزير لا يجوز أن يكون بأخذ شيء من مـال المعزَّر وتملك غيره له كائناً من كان .

وإذ قد انتهينا من بيان هذه الحقيقة ، فلننتقل إلى ما بعدها ..

---

(١) الشرح الكبير للدسوقي : ٣١٥/٤ .

(٢) المغني لابن قدامة : ١٠٩/٩ .

(٣) المرجع السابق : ٤٧٧/٢ .

رابعاً — جملة الملابسات والشبه التي تحوم هذه المسألة والكشف عن وجه الحقيقة فيها

وتتلخص هذه الشبه والملابسات فيما يلي :

١ — حديث بهز بن حكيم السابق ذكره .

٢ — كلام مختلط ذكره ابن القيم في هذه المسألة .

٣ — ما يعزى إلى الامام مالك على ألسنة بعض الكاتبين اليوم من انه كان يقول بالعقوبة عن طريق أخذ المال .

وسنكشف لك عن وجه الحقيقة من وراء هذه الملابسات ، لتقف على ان ما أجمع عليه الأئمة هو المتفق مع مقتضى النصوص وكل ما ورد في هذا الباب .

أولاً — حديث بهز بن حكيم ، ونقصد بـه ما رواه أبو داود والنسائي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال : في كل إبل سائمة ، في كل أربعين ابنة لبون لا يفرق إبل عن حسابها ، من اعطاها مؤتجراً فله أجرها ، ومن أبى فإنا آخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا ، لا يحل لآل محمد منها شيء .

فهذا الحديث يدل بوضوح على مشروعية تعزير الممتنع عن دفع الزكاة بأخذ المال منه تملكا واحتيازا ، فلماذا لم يأخذ به الأئمة في ذلك ؟ . .

والجواب أن هذا الحديث تفرد به بهز بن حكيم عن أبيه عن جده ، مخالفاً بذلك الثقات فلم يروا عن أحد من الصحابة أو التابعين أو تابعيهم أنه ﷺ قد شطر مال من منع الزكاة أو أوصى بذلك أحد الصحابة الذين كان يرسلهم لجمع الصدقات ، وإنما المحفوظ عكس ذلك قولاً وعملاً .

وليس بهز بن حكيم من العدالة والحفظ والضبط بمكان حتى يكون تفرده صحيحاً .

روى البيهقي عن الشافعي رحمه الله أنه قال : هذا الحديث – أي حديث بهز بن حكيم – لا يثبته أهل العلم بالحديث ، ولو ثبت لقلنا به[1] .

وقال ابن حجر في ترجمة بهز بن حكيم نقلاً عن يحيى بن معين : اسناده صحيح إذا كان مَنْ دونه ثقة ، أي إذا كان من يروى عنه ثقة ، وقال عنه أبو زرعة : صالح ولكنه ليس بالمشهور ، وقال أبو حاتم هو شيخ يكتب حديثه ولا يحتج به ، وقال الحاكم : كان من الثقات ممن يجمع حديثه وإنما اسقط من الصحيح روايته عن أبيه عن جده لأنها شاذة لا متابع له عليها ، قال : وهو عند الشافعي ليس بحجة ، ولم يحدث شعبة عنه وقال له : من أنت ومن أبوك ؟ وقال ابن حبان كان يخطىء كثيراً ، ثم قال : وأما أحمد واسحاق فإنهما يحتجان به وتركه جماعة من أئمتنا ولولا حديثه ، انا آخذوها وشطر ماله لأدخلناه في الثقات[2] .

وبناء على هذا فالحديث شاذ مردود ، بل هو منكر أيضاً ، إذ لا يعرف متن هذا الحديث عن غير رواية بهز عن أبيه عن جده ، وهو في ذلك خالف من هو احفظ واضبط منه .

أما ما يذكره آخرون في الجواب على هذا الحديث ، من انه منسوخ وانه كان في صدر الاسلام وان الذي نسخه قوله ﷺ ليس في المال حق سوى الزكاة ، فليس بجواب سديد ، بل هو جواب غير صالح ، إذ النسخ لا يثبت إلا بدليل كما هو معروف ، وحديث ليس في المال

(١) المجموع للنووي : ٣٣٢/٥ .
(٢) انظر تهذيب التهذيب : ٤٩٨/١ .

حق سوى الزكاة ضعيف لا يحتج بـه ، قال البيهقي : والذي يرويه أصحابنا في التعاليق : ليس في المال حق سوى الزكاة ، لا أحفظ فيه اسناداً [١] .

ثانياً ـ كلام مختلط ذكره ابن القيم في هذه المسألة :

عقد ابن القيم رحمه الله في كتابه الطرق الحكمية فصلا مستقلا عن العقوبات المالية فأطلق القول بجوازها ، ونقل ذلك عن الأئمة مالك وأحمد والشافعي في أحد قوليه ، دون أن يفرق بين عقوبة أخذ المال امتلاكا وأخذه اتلافاً ، ودون أن يفرق في ذلك بين الجنايات المتعلقة بالمال والمتعلقة بغيره ، وراح يستشهد بفيض من الاحاديث والآثار على كل ذلك ، ومعظمها لا علاقة له بمسألتنا التي نتحدث فيها والتي هي محل اتفاق جمهور العلماء .

ولننقل لك خلاصة كلامه في ذلك قال :

(واما التعزير بالعقوبات المالية فمشروع أيضاً في مواضع مخصوصة في مذهب مالك واحمد واحد قولي الشافعي ، وقد جاءت السنة عن رسول الله ﷺ وعن أصحابه بذلك في مواضع ، منها اباحته ﷺ سلب الذي يصطاد في حرم المدينة لمن وجده ، ومثل أمره ﷺ بكسر دنان الخمر وشق ظروفها ، ومثل أمره لعبد الله بن عمرو بأن يحرق الثوبين المعصفرين ، ومثل أمره يوم خيبر بكسر القدور التي طبخ فيها لحم الحمر الإنسية ثم استأذنوه في غسلها فأذن لهم . . ومثل هدمه مسجد الضرار ، ومثل تحريق متاع الغال ، ومثل حرمان السلب على الذي أساء على نائبه ، ومثل إضعاف الغرم على سارق مالا قطع فيه من الثمر والكثر (أي جمار النخل) ومثل أخذه شطر مال مانع الزكاة عزمة من عزمات الرب

---

(١) انظر المجموع : ٥/٣٣٢ .

تبارك وتعالى ، ومثل أمر لابس خاتم الذهب بطرحه فطرحه فلم يعرض له أحد ، ومثل تحريق موسى عليه السلام العجل والقائه برادته في اليم ، ومثل قطع نخيل اليهود اغاظة لهم ، ومثل تحريق عمر وعلي رضي الله عنه المكان الذي يباع فيه الخمر ، وتحريق عمر قصر سعد بن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرعية .

ثم قال : وهذه قضايا صحيحة معروفة وليس يسهل دعوى نسخها ، ومن قال ان العقوبات المالية منسوخة وأطلق ذلك فقد غلط على مذاهب الائمة نقلا واستدلالاً .

فأكثر هذه المسائل سائغ في مذهب احمد وكثير منها سائغ عند مالك ، وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد موته مبطل أيضاً لدعوى نسخها ، والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة ولا إجماع يصحح دعواهم ، إلا أن يقول أحدهم مذهب أصحابنا عدم جوازها . فمذهب أصحابه عيار[1] على القبول والرد ، واذا ارتفع عن هذه الطبقة ادعى انها منسوخة بالاجماع ، وهذا غلط أيضاً فان الأئمة لم تجمع على نسخها .

ثم أطال ابن القيم في ذكر الأدلة والأقوال التي تثبت أن المالكية وآخرين قالوا بجواز العقوبة باتلاف المال[2] .

فهذا ما قاله ابن القيم في هذا الصدد ؛ وأنت ترى أنه يقحم إباحة التعزير بامتلاك مال الجاني في غمار حديثه عن جواز اتلاف المال عليه في الجنايات المتعلقة بالمال ، دون أن يفرق بين هذا وذاك . وقد علمت بما سبق في تحرير محل البحث أن كلا من الصورتين مسألة على حدة بينهما فارق كبير ، وهيهات أن تكون احداهما دليلًا على الاخرى ، ولقد

(١) هكذا في مختلف النسخ ، ولعل (عيار) من عار الشيء يعير إذا أفلت ، أي إن مذاهب أصحابه غير مقيدة بدليل القبول أو الرد .

(٢) الطرق الحكمية : ٢٤٥ .

رأيت كيف فرق المالكية بين التعزير باتلاف المال على الجاني والتعزير بأخذه امتلاكاً ، حتى قال العلامة الدسوقي بعد أن قرر مشروعية الصورة الاولى : ولا يجوز التعزير بأخذ المال اجماعاً .

ثم انك تراه كيف يستمد القوة من مجموع هذه الآثار والاحاديث المختلفة التي لا علاقة لكثير منها بباب العقوبة والتعزير أصلاً ، كتحريق نخيل اليهود ، ومسجد الضرار ، وتحريق موسى عليه السلام العجل وإلقاء برادته في اليم ، ليحتج بها على المانعين لعقوبة التعزير بالمال ، وأكثرهم إنما يمنعون منها ما كان امتلاكاً له كما مر بيانه ، وهي طريقة يحق لنا أن نعجب كل العجب من أن يتبعها عالم كابن القيم في بحثه ونقاشه مع الأئمة .

أما ما يتعلق ببحثنا من مجموع ما ساقه من أحاديث وآثار ، فلا يتجاوز حديثين اثنين : أولهما : حديث بهز بن حكيم السابق ذكره ، وقد علمت ما فيه من الشذوذ والنكارة وما ذكره أئمة الحديث عن بهز بن حكيم وحديثه هذا .

ثانيهما : ما أشار اليه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ وقد ذكرناه في أول البحث : (من أصاب بفيه من ذي حاجة ، غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله والعقوبة ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع ، ومن سرق دون ذلك فعليه غرامة مثليه والعقوبة) (١)

فهذا الحديث الثاني ، يقال فيه مثل ما قد قيل عن حديث بهز بن حكيم ، وخلاصة ذلك أن هذا الحديث تفرد بروايته عمرو بن شعيب عن

(١) أنظر التعليق في ص : ١٥١

أبيه عن جده ، وقد ضعفه طائفة كبيرة من علماء الحديث مطلقاً ، والذين لم يضعفوه اشترطوا للأخذ بحديثه أن يروى عن سعيد بن المسيب أو سليمان بن يسار أو عروة أو غيرهم من الثقات ، أو يروى عن أبيه ولكن بدون عنعنة ، بأن يقول : حدثني أبي . فأما إذا روى عن أبيه أو جده فلا حجة فيه ، إذ إنه إذا روي بالعنعنة فإنما هي صحيفة أو كتاب عنده كان ينقل عنه ، قال ابن معين فيما يرويه عنه الساجي : عمرو بن شعيب ثقة في نفسه ، وما روي عن أبيه عن جده لا حجة فيه وليس بمتصل ، وهو ضعيف من قِبَل أنه مرسل ، وجدُ شعيب عبارة عن كتب عبد الله بن عمرو فكان يرويها عن جده إرسالاً ، وقال أبوعبيد الآجري : قيل لأبي داود : عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده حجة ؟ قال : لا ، ولا نصف حجة ، وروى الذهبي عن الاثرم : سئل احمد عن عمرو بن شعيب فقال : ربما احتججنا بحديثه وربما وجس في القلب منه [1] .

هذا كله بقطع النظر عن حديث تفرد به عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أما ما تفرد به وكان الثقات وعلماء الحديث والفقه يحفظون غيره مما يخالفه ولا يتفق معه ، كحديث : على اليد ما أخذت حتى ترد [2] وحديث : لا يحل لأحد أن يأخذ مال أخيه لاعباً ولا جاداً ، فإن أخذه فليرده عليه [3] . فشذوذ الحديث عندئذ ، بل نكارته ، واضحة وللأئمة العذر كل العذر في أن لا يعتمدوا عليه ، سواء أجَروا على القول بتضعيف عمرو بن شعيب أم جروا على القول بتوثيقه ، مالم يرو عن أبيه عن جده .

---

(١) تهذيب التهذيب : ٥٣/٨ وميزان الاعتدال : ٢٦٤/٣ .
(٢) اخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه وابو داود .
(٣) اخرجه ابو داود والترمذي .

ولو فرضنا أنه لا شذوذ في هذا الحديث ولا مقال في أحد من رواته ولا علة في سنده فإنما هو حجة عندئذ فيما ورد فيه فقط ، لا يزاد عليه ولا تبنى عليه قاعدة ، وذلك جمعاً بين الأحاديث المختلفة في هذا الموضوع وتوفيقاً بينه وبين ما هو معروف من هديه عليه الصلاة والسلام فيما هو معروف من عامة شأنه ﷺ في تعزير الآثمين ومعاقبة الجانحين .

وهذا ما مال اليه اجتهاد الحنابلة ، فذهبوا إلى أن السرقة من الثمر المعلق أي الذي لم يحرز في جرينه بعدُ ، عليه غرامة مثليه ، وكذلك الماشيه تسرق من المرعى من غير أن تكون محرزه ، عليها مثلا قيمتها ، وذلك تمسكاً منهم بما دل عليه النص ، ولم يقيسوا على هاتين الحالتين غيرهما ، بل نصوا في باب التعزير والزكاة على عدم جواز التعزير بأخذ المال ، كما نقلنا لك نص كلامهم في ذلك [1] .

فمذهب الحنابلة إذاً ليس قولاً بجواز التعزير والمعاقبة بالمال ، وإنما مذهبهم عكس ذلك ، مع استثناء هاتين الحالتين اللتين اعتمدوا فيهما على حديث عمرو بن شعيب .

ولسنا نعرف مصداقاً لقول ابن القيم : (فأكثر هذه المسائل سائغ في مذهب احمد وكثير منها سائغ عند مالك) غير هذا الذي ذكرناه ، عن مذهب الامام احمد . وهذا الذي سنذكره فيما يلي من مذهب مالك :

ثالثاً ـ ما يعزى الى الامام مالك على ألسنة بعض الكاتبين اليوم من أنه كان يقول بالعقوبة بالمال :

ولعل معتمد هؤلاء الكتاب في ذلك ، كلام ابن القيم في هذا الصدد ، وما عزاه إلى الامام مالك من أن كثيراً من مسائل التعزير بالمال سائغ عنده .

(١) انظر ماذكرناه من مذهب الحنابلة في هذا الموضوع ، وانظر المغني : ٩/ ٦٩ .

والحقيقة أن هذا العزو المطلق العاري عن أي تفصيل أو بيان أو تقييد ، كلام لا معنى له ، خصوصاً بالنسبة لهذه المسألة التي تحتها فروع وأنواع مختلفة ، يفترق بعضها عن البعض الآخر في المعنى والدليل والحكم وإن شملها جميعاً اسم : العقوبات المالية ، وهو الاسم الذي وضعه ابن القيم رحمه الله عنواناً لهذا البحث .

فما هي هذه المسائل التي سوغها مالك رحمه الله في باب العقوبات المالية ومن أي نوع هي ؟..

هل هي من نوع أخذ المال من المعاقب على سبيل الامتلاك له ، أم هي من نوع اتلاف المال عليه أو توزيعه على الفقراء ؟ وعلى كل حال فهل هي خاصة بالجنايات المتعلقة بالأموال فحسب أم هي عامة لكل أنواع الجنايات ؟..

والجواب أن المالكية يقسمون الجناية إلى نوعين : جناية في المال ، وجناية في غيره ، فأما الجناية في غير المال فلم يقل أحد من المالكية إنه يجوز معاقبة صاحبها بالمال ، إلا ما نقله الشاطبي عن ابن العطار من القول بذلك في بعض الحالات ، ورد عليه القرطبي قائلا : ان ذلك من باب العقوبة بالمال ، وذلك لا يجوز على حال .

وأما الجناية الواقعة في المال نفسه فيجوز عندهم المعاقبة بتفويت ذلك المال عليه . واليك ما يقوله في ذلك الشاطبي في كتابه الاعتصام ، بعد أن نقل عن الغزالي القول بحرمة ذلك بالاتفاق في الجنايات التي لا علاقة لها بالأموال :

« وأما مذهب مالك ، فان العقوبة في المال عنده ضربان : احدهما كما صوره الغزالي فلا مرية في أنه غير صحيح ... والثاني أن تكون جناية الجاني في نفس ذلك المال أو في عوضه ، فالعقوبة عنده فيه ثابتة ،

فانه قال في الزعفران المغشوش إذا وجد بيد الذي غشه : إنه يتصدق به على المساكين قل أو أكثر، وذهب ابن القاسم ومطرّف وابن الماجشون إلى أنه يتصدق بما قل منه دون ما كثر ، وذلك يحكي عن عمـــر بن الخطاب رضي الله عنه وأنه أراق اللبن المغشوش بالماء ، ووجه ذلك التأديب للغاش ، وهذا التأديب لا نص يشهد له ، لكن من باب الحكم على الخاصة لاجل العامة ، وقد تقدم نظيره في مسألة تضمين الصناع ، على أن أبا الحسن اللخمي قد وضع له أصلا شرعيا ، وذلك أنه عليه السلام أمر باكفاء القدور التي اغليت بلحوم الحمر قبل أن تقسم»[1] .

فهذه هي صورة العقوبة بالمال كما رآها مالك رحمه الله ، وعليها فرع اصحابه في مذهبه كما يبدو من تتبع جزئيات المسائل ، وهي بدون ريب مختلفة كل الاختلاف عن التعزير على الجنايات المختلفة بغرامات مالية عليها تؤخذ امتلاكا ؛ وهي أصل مسألتنا التي نبحث فيها والتي تم فيها اجماع الائمة على منع ذلك كما مر بيانه ، وهي مختلفة أيضاً كل الاختلاف عن مصادرة أموال الاغنياء عند المصلحة ، وان انتهى بعض الكاتبين أن لا يرى بينها أي فرق أو اختلاف .

والغريب أن من الباحثين من أدخل كل هذه الصور المتباعدة في دائرة واحدة ثم ادخلها جميعا تحت ما كان قد أقدم عليه عمر رضي الله عنه من مشاطرة بعض الولاة أموالهم ، فاستدل بعمله هذا على مشروعية شيء اسمه : امتلاك أموال الناس عن طريق المصادرة إما تطبيقاً لعقوبة أو تحقيقاً لمصلحة .

وبين ما فعله عمر رضي الله عنه ، وهذه المسائل الاخرى بون شاسع جداً لا يمكن للباحث الصادق في بحثه أن لا يتبينه ولا يعلم به لأول نظره .

---

(١) الاعتصام : ٢/٢٩٩ .

إن ما فعله عمر رضي الله عنه تطبيق لحكم شرعي معروف متفق عليه في باب الولاية والقضاء ، وهو أنه ليس لأي انسان يشغل وظيفة دينية من قضاء أو ولاية أو فتوى أن يسخر تلك الوظيفة لاستجلاب قرش واحد من المال سواء كان نوع ذلك الاستجلاب بحد ذاته مشروعاً أم لا ، وسواء كان بطريق مباشرة أو غير مباشرة .

وحديث رسول الله ﷺ في ذلك مع العامل الذي عاد من الجهة التي كان قد أرسله اليها وقال له : هذا لكم وهذا أهدي إلي — هذا الحديث معلوم وصريح وهو أساس هذا الحكم ورأس أدلته .

فقد لاحظ عمر أن بعض عماله يذهب إلى مكان عمله ومعه شيء من المال له ، فيرى فرصة التجارة هناك سانحة ، فيشغل ما فاض من وقته بالتجارة ، أو يجد من المسلمين من يكرمه ويجله رعاية لمركزه الاسلامي وحبا بالاسلام وممثليه ، فيعود أمثال هؤلاء إلى عمر وقد ايسروا بسبب ما نالهم من الحفاوة والاكرام ، فيعمد إلى هذه الزيادات التي جاءوا بها ويضعها في بيت مال المسلمين ، نظراً إلى أنها جاءت بسبب مركز كل منهم ومكانته ، وهو سبب يقضي ان يكون المسلمون عامة هم الملاك لهذا المال ، إذ هو انما ناله باسمهم وبتمثيله لهم ونيابة عنهم .

فاين هذا مما نحن فيه من معاقبة الجناة والجانحين بالغرامات المالية نأخذها منهم امتلاكاً ؟!..

وهكذا يتضح لك بما ذكرنا ، أن المالكية لم يختلفوا عن بقية المذاهب فيما اتفقوا عليه من حرمة التعزير على الجنايات بأخذ الاموال عليها ، وإنما خاضوا في مسائل اخرى غير هذه لا علاقة لنا بها في هذا المقام .

وهذا الذي نقله ابن القيم عنهم عموما ودون أى قيد أو تفصيل ،

جعل كثيراً من الباحثين اليوم يعتمدون على هذا النقل ، كما قلنا ، لتحميل المذهب المالكي ما لا يحمل من الوزر .

ويجدر بك أن تعود مرة أخرى إلى النص الذي نقلناه آنفاً ، من الشرح الكبير للعلامة الدسوقي المالكي ، وقوله : (ولا يجوز التعزير بأخذ المال اجماعا) ، لتقف على مشكلة السطحية في النظر والبحث في كثير من المسائل الفقهية الخطيرة عند كثير من الباحثين اليوم .

خامساً — ادلة من القواعد العامة على أن ماتم عليه الاجماع هو الحق

١ — العقوبة بأخذ المال ، انما تعني نقل ملكية المال الذي وقعت العقوبة به من يد الى أخرى . وسواء كانت هذه اليد الاخرى يد الدولة أو يد فرد معين من الناس ، فلا بد من أن تكون حيازة تلك اليد لهذا المال بسبب من أسباب التملك الشرعي الصحيح التي أوضحناها في أول البحث ، وواضح أنها لا تدخل في واحد منها ؛ فلا هي تدخل في احراز المباحات ، ولا العقود ولا الخلفية ولا التولد من المملوك .

ولا ينبغي ان تتوهم امكان قياس هذه المسألة على ضمان المتلفات أو المغصوبات أو على الكفارات ، لأن العوض من المتلف ليس عقوبة له ، وانما هو تسوية حقوقية ، فلا ينبغي أن تقاس العقوبات عليها .

وأما الكفارات ، فهي عبادات زواجر أو جوابر ، لا يقاس عليها غيرها ، كما قرر ذلك علماء الاصول . إذ هي في جملتها منوطة بالنصوص الدالة عليها فقط .

٢ — معنى العقوبة للجاني والجانح ، فيما تقرره الشريعة الاسلامية ويقرره علماء القانون : حمل الجاني وغيره على الابتعاد عن

مقارفة الجرائم والجنايات بوسيلة من وسائل الايلام أو التضييق بحيث تتكافأ مع ما اقترفه من وسيلة اللذة أو الكسب غير المشروع .

فاقتضى ذلك أن يناط بكل اكتساب لعمل غير مشروع إضرار معين يكون من شأنه صد الناس عن مقارفته وحملهم على أن يحذر بعضهم بعضاً منه ، وإنما يتم ذلك إذا كانت العقوبات المشروعة اضراراً من كل وجه وبالنسبة لجميع الناس ؛ وعندئذ يتوحد موقفهم جميعاً على اختلاف ظروفهم وطبقاتهم ، حيال الجريمة ، كما تستوي الجريمة نفسها في انعكاساتها الضارة بالنسبة للجميع .

ولكن إذا وضعت الغرامة المالية بين أنواع هذا الإضرار الزجري ، فإن الامر يختلف عندئذ ، ان الغرامة المالية في الوقت الذي تعتبر فيه زجرا واضراراً بالنسبة الجاني فانها تعتبر كسبا وفائدة بالنسبة للشخص المتلك لهذه الغرامة ، سواء كان شخصاً معنوياً يتمثل في الدولة أو شخصاً حسيا يتمثل في أحد الافراد ، وعندئذ تصبح تلك الجناية التي استلزمت دفع هذه الغرامة ذات أثرين مختلفين في المجتمع بوقت واحد أحدهما المفسدة بالنسبة للمقترف وثانيها المصلحة بالنسبة للمكتسب . وهذه النتيجة المزدوجة تعتبر من أخطر مظاهر التناقض والاضطراب التي تهدد المجتمع .

أما عندما تكون الجناية متعلقة بالمال نفسه ، فان الامر عندئذ لاينطوي على هذا التناقض والاضطراب ، حتى ولو دفع المال إلى الفقراء والمساكين ؛ لانها تتخذ مسوغا آخر إلى جانب العقوبة ، الا وهو معنى التعويض ، فالغش في المال مثلا انما يعود بالضرر على الآخرين ، اذ هم الذين يحيق بهم ذلك الغش ، وهو ضرر يتمثل في فوات مال عليهم بدون مقابل ، فكان مشروعاً لهم أن يتلقوا في مقابل ذلك تعويضاً ، ولما

كان الذي سيقع عليه الضرر مجهولا فان أولى الناس بذلك التعويض هو أحقهم بالحجز عن ذلك الضرر وهم الفقراء .

٣ ـ إن النتيجة الطبيعية لهذا التناقض بين ثمرتي الجناية بالنسبة للناس، تجعل الناس فرقا تتربص ببعضها ليكتسب كل فريق منهم من ضرر الآخر ، ولا ينبغي أن نتصور الدولة بريئة من الوقوع في هذا الشرك.

فإن من الطبيعي عندما تكون الجنايات مورداً معيناً بالنسبة للدولة أن تتطلع إلى مزيد من الجنايات المربحة لها ، كما تتطلع إلى مرافقها المالية الاخرى، خصوصاً عندما تقع في أزمات مالية مختلفة .

وربما كان من نتيجة ذلك أن لا تجتاز الجرائم والجنح مراحل التحقيق الكافية في شأنها ، وذلك استعجالا للوصول إلى الثمرة المرجوة من ورائها وفي ذلك من الاضرار بالمتهم مالا يخفى على أحد .

فهذا هو حكم الشريعة الاسلامية في التعزير بأخذ الأموال ، ذكرناه مع أدلة ذلك ومع بيان اتفاق الائمة عليه ، وبيان وجهة نظر الشريعة الاسلامية في ذلك .

وإذا كان للقانون الجنائي المعمول به اليوم منطلق آخر ، يعتمد فيه على امتيازات معينة تضاف إلى أسباب التملك المعتمدة في القانون المـــدني فذلك بحث آخر لا علاقة لنا به في هذا المجال .

والله أعـــلم

★ ★ ★

القضاء بشاهد ويمين

مقدمـــة :

تنقسم الدعاوي إلى ثلاثة أقسام :

قسم يتعلق بالحقوق المالية ، وقسم يتعلق بالعقوبات وأسبابها ، وقسم يتعلق بغيرذلك مما يعود إلى الاحوال الشخصية المختلفة ، كالنكاح والطلاق والعتاق والايلاء والظهار والنسب والتوكيل والوصية ..

فأما المتعلق بالعقوبات وأسبابها ، فقد أجمع جمهور المسلمين على أنه لا يقبل فيها إلا شهادة رجلين ، الا الزنا فقد أجمعوا على أنه يشترط لثبوتها أربعة شهود ، لقوله تعالى : (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ، فاذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) .

وأما المتعلق بما عدا الاموال ، من الاحوال الشخصية المختلفه ، فما كان الشأن فيه أن لا يطلع عليه إلا الرجال ، كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة ، فلا بد فيه من شهادة رجلين ، وما اختص بمعرفته النساء ، أو كان الغالب أن يطلع عليه النساء كالولادة والحيض ، والبكارة والثيوبة ، ثبت برجلين ، ورجل وأمرأتين ، وباربع نسوة .

وأما ما تعلق بالأموال كالبيوع والاجارة والشركات والرهن والضمان ، فيثبت برجلين ورجل وامرأتين .

فأما ما لا يثبت برجل وامرأتين ، فقد تم الاجماع على أنه لا يجوز القضاء فيه بشاهد ويمين وأما ما يثبت بها ، فما كان متعلقاً بأمور النساء فقد تم الاجماع أيضاً على أنه لا يجوز القضاء فيه بشاهد ويمين ، وما كان متعلقاً بالأموال فقد وقع فيه خلاف وهو محل بحثنا في هذه المسألة.

إذاً فموضوع البحث هو :

الدعاوي المتعلقة بالاموال هل يصح القضاء فيها بشاهد ويمين أم لا ؟ :

مذاهب الفقهاء في ذلك :

اختلف الأئمة في هذه المسألة الى قسمين : جمهور ، ومخالف .

فأما الجمهور ، فقد ذهبوا إلى صحة القضاء فيها بالشاهد واليمين ، وهم : مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور وفقهاء المدينة .

وذهب المخالفون إلى عدم صحة القضاء فيها بشاهد ويمين ، وهم : أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وزيد بن علي .

دليل الجمهور :

استدل الجمهور على ما ذهبوا اليه ، بالسنة ، ثم بالمعقول . أما دليلهم من السنة فقد اعتمدوا على مايلي :

أولا — ما رواه مسلم وأبو داود وأحمد وابن ماجه عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد ، وفي رواية أحمد بزيادة : انما كان ذلك في الاموال .

ثانياً — مارواه أحمد والدارقطني والترمذي ، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق وقضى به أمير المؤمنين عليّ بالعراق .

ثالثاً — ما رواه أحمد وابن ماجه والترمذي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد .

وأما دليلهم من المعقول ، فهو قولهم : ان اليمين ، إنما تكون حجة أقوى المتداعيين بدليل أنه لا يقبل يمين المنكر إلا بعد أن يعجز المدعي عن اثبات بينته ، إذ يضعف حينئذ جانب المدعي ويقوى جانب المنكر ، فيطالب باليمين ، فإن أحجم المنكر عن اليمين رجع موقفه بذلك إلى الضعف ، وظهر عليه المدعي ، فيطالب هو باليمين ، فإذا كان الأمر كذلك ، فــلا شك أن جانب المدعي يصبح أقوى من جانب المنكر بسبب شهادة الشاهد الواحد له ، ولكنها لا تكفي للقضاء له ، فاقتضى ذلك أن تتم الشهادة الناقصة باليمين [1] .

دليل المخالفين :

استدل الحنفية ومن ذهب مذهبهم بالكتاب والسنة .

فأما دليل الكتاب فقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ..) وقوله تعالى : (وأشهدوا ذوي عدل منكم) ووجه الاستدلال بالآيتين : أن الله تعالى إنما أمر أن يكون الاعتماد في الحكم على شاهدين من الرجال أو رجل وامرأتين ، وأمر الله تعالى للوجوب ، وإنما يتحقق تنفيذ أمره بعدم قبول الشاهد مع يمين المدعي ، مصيراً إلى ما هو مطلوب بصريح الآية . نظير ذلك قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فلو نقص الحاكم الجلد عن المائة لكان مخالفاً لامر الله تعالى [2] .

---

(١) انظر الام للشافعي : ٦/٧ - ٩ ، وانظر المغني لابن قدامة : ٢٢١/١٠ .

(٢) انظر الجصاص في أحكام القرآن : ٦١١/١ .

وأما دليلهم من السنة فقد اعتمدوا في ذلك ما يلي :

أولاً — ما رواه علقمة عن أبيـــه في شأن الحضرمي الذي خاصم الكندي في أرض ادعاها في يده ، فقال له النبي ﷺ : (شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك) فقد أمر المدعي باحضار شاهدين فإن لم يتوفر له ذلك طولب المنكر باليمين ، وأوضح للمدعي أن لا سبيل له إلا ذلك .

ثانياً — ما رواه الشيخان عن رسول الله ﷺ أنه قـال (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر) وفي لفظ (واليمين على المدعى عليه) ومحـل الاستدلال بالحديث أن النبي ﷺ فرق بين البينـة واليمين ، فغير جائز أن يكون اليمين بينة ، لأنه لو كان كذلك لكان الحديث بمنزلة قول القائل : البينة على المدعي والبينة على المدعى عليه . . وإذا ثبت أن اليمين ليس بينة وأن الرسول ﷺ إنما طالب المدعي بالبينة فقط ، فقد تبين أنه لا مدخل لليمين إلى المدعي ، وإنما هو من علاقة المدعى عليه .

ثالثاً — ان الزهري لم يكن يقضي بالشاهد مع اليمين ، وكان يعتبر القضاء بها بدعة .

مناقشة الأدلة :

أولاً — مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور .

تنحصر مناقشة الحنفية لادلة الجمهور في نقطتين :

أولاهما — التمسك بأصلهم الذي قرروه في الاصول ، من أن الزيادة على النص نسخ .

ثانيهما — تضعيف الاحاديث التي اعتمدها الجمهور ، وايراد الاحتمالات المختلفة في معناها .

فقالوا أولاً : لو اعتمدنا أحاديث القضاء بشاهد ويمين ، لاستلزم ذلك نسخ الكتاب المتواتر بدليل الآحاد ، وذلك غير جائز . ووجه النسخ الذي يستلزمه قول الجمهور كما يقول الجصاص : أن المفهوم الذي لا يرتاب به أحد من سامعي الآية من أهل اللغة ، حظر قبول أقل من شاهدين أو رجل وامرأتين ، وفي استعمال هذا الخبر ترك لموجب الآية والاقتصار على أقل من العدد المذكور[1] .

وقالوا ثانياً : أن الطرق التي رويت منها أحاديث المستدلين بجواز القضاء بشاهد ويمين ، لا تخلو عن مطعن ، وعلى فرض صحتها فانهما أعم من أن تدل على المدعى ، بل يحتمل أن يكون المراد بها معنى آخر غير الذي فهموه .

فأما المطاعن التي فيها ، فقد جاء بعضها عن طريق سيف بن سليمان المكي ، عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ، والمعروف أن سيف بن سليمان ضعيف ، وعمرو بن دينار لم يسمع من ابن عباس، وجاء بعضها من حديث ربيعة بن عبد الرحمن عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة .... وقد قال الربيع بن سليمان المؤذن : سألت سهيلاً عن هذا الحديث فقال : اخبرني ربيعة (وهو عندي ثقة) اني حدثته إياه ، ولا أحفظه ؛ قالوا : وقد كانت أصابت سهيلا علة أزالت بعض عقله ونسي بعض حديثه ، فكان سهيل بعدُ يحدث هذا الحديث عن ربيعة عنه عن أبيه ... الخ ، ومثل هذا الحديث لا تثبت به شريعة مع انكار من روى عنه له وفقد معرفته به[2] .

وأما بيان كونها أعم من أن تدل على خصوص المدعى ، فذلك كما

---

(١) المرجع السابق : ٦١٦/١ .
(٢) الجصاص : ٦١٤/١ وشرح معاني الآثار للطحاوي : ١٤٥/٤ .

قال الطحاوي : « انكم إنما رويتم أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد الواحد ، ولم يبين في الحديث كيف كان ذلك ولا السبب فيه ولا المستحلف من هو ؟ ... فقد يجوز أن يكون ذلك على ما ذكرتم ويجوز أن يكون أريد به يمين المدعى عليه ، وإذا ادعى المدعي ولم يقم على دعواه إلا شاهداً واحداً فاستحلف النبي ﷺ المدعى عليه ، فروى ذلك ، ليعلم الناس أن المدعي يجب له اليمين على المدعى عليه لذات الدعوى ، لا لحجة أخرى غيرها ، كما قال قوم : ان المدعي لايجب له اليمين فيما ادعى إلا أن يقيم البينة على أنه قد كانت بينه وبين المدعى عليه خلطة ، فإن أقام على ذلك بينة ، استحلف له وإلا لم يستحلف — فأراد الذي روى هذا الحديث أن ينفي هذا القول ، ويثبت اليمين بالدعوى لذاتها وان لم يكن مع الدعوى غيرها ، فهذا وجه .

وقد يجوز أن يكون أريد به يمين المدعي مع شاهده الوحيد ، لأن شاهده الواحد كان ممن يحكم بشهادته وحده ، وهو خزيمة بن ثابت ، فان رسول الله ﷺ قد كان عدل شهادته بشهادة رجلين .

فاذا احتمل ما جاء عن النبي ﷺ هذه الوجوه ، فلا ينبغي لأحد أن يأتي إلى خبر قد احتمل هذه التأويلات ، فيعطفه على أحدها بلا دليل يدل على ذلك من كتاب أو سنة أو اجماع ثم يزعم أن من خالف ذلك مخالف لما روى عن رسول الله ﷺ (١) .

بل المتعين ، أمام ورود هذه الاحتمالات ، أن نصرف معنى الحديث إلى ما يتفق مع دلالة ما هو ظاهر من الكتاب والسنة ، ودلالة كل من الكتاب والسنة تعارض تفسير المخالفين لنا .

---

(١) شرح معاني الآثار : ٤/١٤٦ وانظر أحكام القرآن للجصاص : ١/٦١٦ .

فأما معارضة دليل الكتاب ، فتتضح في قوله تعالى : (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وأما معارضة دلالة السنة المتفق عليها ، فتتضح فيما اتفق عليه من أنه لا يحكم بشهادة جارٍ إلى نفسه مغنما ولا دافع عنها مغرماً ، والحكم باليمين مع الشاهد على النحو الذي ذهب اليه المخالف ، حكم بشهادة جارٍ إلى نفسه مغنماً إذ إن يمين المدعي أشد في هذا المعنى من شهادة القريب الذي يريد أن يجر مغنماً للمشهود له [١] .

ثانياً – مناقشة الجمهور لادلة الحنفية وردودهم :

قالوا أولاً – كان من الممكن أن يثبت لكم الدليل في آية البقرة على امتناع القضاء باقل من شاهدين لو أخذتم بمفهوم المخالفة ، ولكنكم أنكرتموه ، وعليه فإنه لا يثبت لكم في الآية دليل على أكثر من ثبوت القضاء بشاهدين أو شاهد وامرأتين وهو أمر لاعلاقة له البتة بدلالة النص على العكس ، ولا نسلم أن في قوله تعالى (فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) حصراً ، بل غاية مادلّ عليه بنصها أن شهادة امرأتين ورجل يثبت به القضاء ، وما وراء ذلك مسكوت عنه ، ومعروف أن أداة الحصر نصاً في النفي والاثبات هي (إنما) و (ما) و (إلا) ولا شيء منها هنا . ولو كنتم ممن يقولون بمفهوم المخالفة لما صح لكم أن تقولوا به في هذه الآية ولا في حديث (شاهداك أو يمينه) لأن دلالتها على مفهوم المخالفة إنما هي عن طريق مفهوم العدد ومفهوم العدد باطل لا ينهض به شيء .. على أنا نقول : ان العمل بشهادة المرأتين والرجل الواحد مخالف لمفهوم حديث (شاهداك أو يمينه) فكيف عطلتم مفهوم الحديث حتى قبلتم شهادة المرأتين ، في حين إنكم لم تعطلوه بصدد

(١) انظر المرجع السابق : ١٤٧/٤ .

الشاهد واليمين ؟.. فإن قالوا : قدمنا على مفهوم حديث (شاهداك أو يمينه) منطوق الآية الكريمة ، قلنا لهم ونحن قدمنا على هذا المفهوم منطوق الأحاديث الواردة بالقضاء بشاهد ويمين (١) .

وقالوا ثانياً ـ لا تثبت علينا الحجة بعدم جواز نسخ المتواتر بالآحاد إذ هو مبني على ماذهبتم اليه من ان الزيادة على الأصل نسخ . وهذا ما لا نقول نحن به .

ويناقش الامام الشافعي الحنفية في ذلك فيقول ما خلاصته : إذا كانت الزيادة على الاصل نسخاً عندكم ، وهو غير جائز إذا كانت الزيادة وردت بطريق الآحاد ، فلماذا رددتم السنة في حكم اليمين مع الشاهد كي لا تتناولوا الآية ، ولم تردوا أثراً ورد باقل من شاهد ويمين وتأولتم عليه القرآن .

وهو الأثر الوارد عن عليّ رضي الله عنه أنه أجاز شهادة القابلة في أمر النسب ، وعن عمر بن الخطاب أنه حكم بالقسامة عند عدم الشهود على القتل ، مع أن من روى اليمين مع الشاهد عن رسول الله ﷺ أوثق وأعرف ممن روى عن علي وعمر رضي الله عنهما ؟.. (٢) .

وقالوا ثالثاً ـ لا نسلم أن في الطرق التي روي منها حديث (قضى رسول الله ﷺ بشاهد ويمين) ضعفاً يخل بالاخذ به، وذلك لما يلي :

أما الرواية : التي جاءت عن طريق سيف بن سليمان فقد ذكر ابن عبد البر (وهو من أجل علماء الحديث) أنه لا مطعن في اسناد هذا الحديث لأحد ، وهذا يدل على أن سيف بن سليمان ليس فيه مطعن

(١) نيل الأوطار : ٢٨٦/٨ .
(٢) الأم للشافعي : ١٠/٧ و ١١ .

كما ذكرتم ، وقد قال الامام أحمد عنه : ثقة ، وقال علي بن المديني عن يحيى بن سعيد : كان عندنا ثبتا من يصدق ويحفظ ، وقال أبو زرعة الدمشقي ثبت ... وقال الساجي : اجمعوا على أنه صدوق ثقة غير أنه اتهم بالقدر [1] وأما القول بأن عمرو بن دينار لم يسمعه من ابن عباس فهو حديث مرسل ، فقد قال الحاكم : إن عمروا قد سمع من ابن عباس عدة أحاديث ، فلا ينكر أن يكون قد سمع منه هذا الحديث، وقال ابن حجر عنه : روى عن ابن عباس وابن الزبير و.. الخ .

ونقل عن ابن عيينه أنه قال عنه : ثقة ، ثقة ، ثقة [2] وقال الشافعي وهو يناقش الحنفية حول ما قيل عن ضعف هذه الاحاديث التي أخذ بها الجمهور : « وقد جهدت أن أتقصى ما كلموني به في ردّ اليمين مع الشاهد ، فكان مما كلمني به بعض من ردّها أن قال : لم تروها إلا من حديث مرسل ، قلنا لم نثبتها بحديث مرسل ، وإنما اثبتناها بحديث ابن عباس ، وهو ثابت عن رسول الله ﷺ ولا يرد أحد من أهل العلم مثله لو لم يكن فيها غيره مع أن معه غيره ممن يشده » [3] .

وأما الرواية التي جاءت من حديث ربيعة بن عبد الرحمن عن سهيل ، فقد كان يثبت لكم ما أردتم من ضعف هذه الرواية لو لم يقل سهيل عن ربيعة إنه حجة ... ولا يضير - بعد أن يقول سهيل عنه ذلك - أن يكون سهيل قد نسي ما كان قد رواه له ، إذ مما لا شك فيه أن نسيان الراوي أو ضعف عقله بسبب الكبر لا يعود بالنقض على صحة ما كان قد رواه أثناء كامل حفظه ووعيه ، خصوصاً إذا كان ثمة رواة حفظوا منه ما كان قد رواه لهم .

---

(١) تهذيب التهذيب : ٢٩٤/٤ .
(٢) المرجع السابق : ٣٠/٨ .
(٣) الأم : ٦/٧ .

وقالوا رابعاً – لا نسلم صحة الاحتمالات التي أوردتموها لتأويل الحديث الذي صح في القضاء بالشاهد مع اليمين لما يلي :

أولاً – جاء في اللفظ الذي رواه أحمد والدارقطني والترمذي عن علي بن أبي طالب ما ينفي تلك الاحتمالات التي أوردتموها ، فقد ورد عندهم بلفظ : (قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق) فهذا نص في المعنى الذي فهمه الجمهور – وهو ينفي الاحتمالات الأخرى .

ثانياً – إن الصحابة والتابعين الذين اعتمدوا هذا الحديث ، إنما فهموه كما فهم الجمهور ، ولم يطرق أحد منهم اليه شيئاً من الاحتمالات التي طرقتموها ، وقد كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه يقضي بالشاهد الواحد ويمين صاحب الحق معتمداً هذا الحديث ، وهو أحد الرواة له ، والراوي أعلم بمعنى الحديث الذي رواه .

وقالوا خامساً : يجاب على استدلالكم بحديث (شاهداك أو يمينه) بأنه ﷺ قال ذلك للمدعي لأنه لم يكن له حتى شاهد واحد ، وطبيعي أن يطلب منه الرسول ﷺ حينئذ الشكل الكامل للحجة التي ينبغي أن تعتمدها الدعوى ، ولو أنه توفر له شاهد واحد لطلب منه عندئذ اليمين أما وإنه لا يتوفر له حتى الشاهد الواحد فلا قيمة ليمينه البتة أي إن قيمة اليمين إنما توجد بعد وجود الشاهد الواحد .

وقالوا سادساً : إن ما نقلتموه عن الزهري لا يعدو أن يكون رأياً له ، ورأي المحدث لا ينقض صحة الاحاديث المروية عنه أو عن غيره في الموضوع ، نعم لو أن الزهري أثبت مطعناً صحيحاً في طرق هذه الاحاديث ، لكان ذلك عمدة لكم .

وقالوا سابعاً : ان حديث « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »

ليس الحصر ، بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها ، وفي حق الأمناء لظهور جنايتهم وفي حق الملاعن وفي القسامة ، وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة [1] كما يرد عليهم بأن النكول من المدعى عليه موجب للحكم لصالح المدعي بيمينه وهو مناف للحديث الذي استدلوا به ومناف للآية التي استدلوا بها ، ومناف لما ذهبوا اليه من أن الزيادة على النص نسخ وأنه لا يجوز نسخ المتواتر بالآحاد .

الترجيح :

والذي يبدو بعد عرض الأدلة التي مضت مع مناقشتها وبيان ما قيل حول كل منها أنه لا مسوغ لمنع القضاء بشاهد ويمين ، إذ الأمر كله منوط بصحة الحديث المروى عن النبي ﷺ في ذلك ، وما دام أنه لم يثبت في طرقه ضعف أو مطعن كما ذكرنا فلا معنى لترك الأخذ به خصوصاً إذا تبين لنا أنه لا تعارض بينه وبين الادلة التي أوجبت شاهدين إذ حتى لو أخذنا فيها بمفهوم المخالفة ، فإن هذا الحديث يعتبر مقدماً عليه ، إذ النص مقدم على المفهوم ، أو هو مخصص للآية ومعظم الأحكام المجمع عليها مأخوذ من دلالتي الكتاب والسنة عن طريق التخصيص وشبهه ، يستوى في الاخذ بها الحنفية وغيرهم . وهذا دليل على أن ماانفرد به الحنفية من قولهم إن الزيادة على الاصل نسخ وأنه لا يجوز نسخ المتواتر بالآحاد خلاف لفظي قلما يظهر له أثر ، على أنا نقول لهم : أرأيتم لو أن الزيادة على الاصل كانت متصلة به أكنتم تعتبرونها أيضاً نسخاً ؟ . . وجوابهم على ذلك أنها لا تعتبر إذ ذاك نسخاً ، فيقال لهم فما الفرق بين

---

(١) انظر المغني لابن قدامة : ١٠/٢٢١ .

أن تكون الزيادة متصلة به ومنفصلة عنه حتى يستوجب اعتبارها في الصورة الاولى زيادة مقبولة غير رافعة وفي الصورة الثانية زيادة غير مقبولة بحجة أنها رافعة .

وقد تبين لك أن من أهم أسباب الخلاف في هذا الموضوع خلافهم في هذه المسألة الاصولية المشهورة : هل الزيادة على النص تعتبر نسخاً أم لا ؟

وإذا أردت أن تقف على مزيد من النقاش والبحث في هذا الموضوع فارجع إلى كتاب الجزء السابع من الأم للامام الشافعي رحمه الله ، ففيه مناظرة طويلة حول هذا البحث .

القضاء بشهادة غير المسلمين

والقضاء بالقرائن

أولاً ـــ القضاء بشهادة غير المسلمين

١ ـ (مقدمة وتحرير لمحل البحث) :

تنقسم دعاوي الشهادة إلى قسمين من حيث النظر إلى شهادة غير المسلمين وهما :

آ ـ الشهادة على الوصية في السفر

ب ـ الشهادة فيما عدا ذلك . .

فأما الشهادة فيما عدا الوصية في السفر ، فقد أجمع العلماء على أنه لا يجوز فيها شهادة الكافر قال في بداية المجتهد : اتفقوا على أن الاسلام شرط في القبول ، وأنه لا تجوز شهاده الكافر ، إلا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر (١) .

وأما الشهادة على الوصية في السفر ، ففيها بحث وخلاف نلخصه فيما يلي ، وصورة ذلك أن يكون المسلم في سفر ، ويحتاج إلى أن يوصي لسبب مرض أو أعراض موت تحيط به وليس ثمة مسلم يشهد على وصيته.

(١) بداية المجتهد (٢/٤٥٢) .

٢ - (سبب الخلاف في هذه المسألة) :

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى الخلاف في فهم الآية المتعلقة بهذا الموضوع ، وهي قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم . .) الآية ، فقد اختلف العلماء في صدد تفسير هذه الآية، من حيث الكشف عن حقيقة المعنى المراد بها ، ومن حيث النظر في كونها محكمة أو منسوخة .

٣ - (المذاهب ودليل كل منها) :

اختلف العلماء في هذه المسألة إلى مذهبين أحدهما القول بجواز ذلك بالشروط التي ذكرتها الآية والتي سنشرحها فيا بعد ، والآخر القول بعدم جواز ذلك مطلقاً ، وبأن الشهادة لا بد لصحتها من شرط الاسلام.

وقد جنح إلى المذهب الأول من الصحابة : أبو موسى الأشعري ، وعبد الله بن قيس وعبد الله بن عباس ، ومن التابعين : سعيد بن المسيب وابن سيرين وسعيد بن جبير وغيرهم وقال به من الفقهاء سفيان الثوري وأحمد بن حنبل [١] فهؤلاء رأوا جواز شهادة أهل الذمة ، على المسلمين في السفر عند عدم توفر المسلمين ، ومنهم من رأى أن جوازه خاص بأهل الكتاب ومنهم من عمم جوازه بكل ملل الكفر .

وجنح إلى المذهب الثاني من الصحابة : زيد بن أسلم ، وقال به الحنفي ومالك والشافعي وأبو حنيفة (ذكر في بداية المجتهد أن أبا حنيفة يرى جواز شهادة الكفار على المسلمين في السفر (٢/٣٥٢) ولكن كتب المذهب على غير ذلك والمنصوص في جميعها هو عدم صحة شهادتهم)

(١) الجامع لأحكام القرآن : ٦/٣٤٩ والمغني لابن قدامة : ١/٢٩٣.

وآخرون ، فهؤلاء ذهبوا إلى أن شرط الشهادة الإسلام ولا يصح القضاء بشهادة غير المسلم أياً كانت القضية .

إلا أن أبا حنيفة خالفهم فقال بجواز شهادة الكفار بعضهم على بعض وإن لم تكن جائزة على المسلمين (١) .

ويتحصل من ذلك أن الشافعي ومالكا وأبا حنيفة اتفقوا على عدم صحة شهادة الكافر على المسلم أوله ، وأن أحمد بن حنبل انفرد بالقول بصحتها إذا كانت الشهادة في سفر على الوصية ، ولا يوجد ثمة مسلم يتحمل الشهادة عليها .

٤ ـ (دليل كل من المذهبين) :

استدل القائلون بصحة شهادة غير المسلمين بما يلي :

أولاً ـ الآية التي ذكرناها وهي قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادةُ بينِكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدلٍ منكم أو آخران من غيركم إنْ أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبةُ الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيُقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله إنّا إذاً لمن الآثمين)(٢) وسبيل الاستدلال بالآية يقتضي **أولاً** : بيان السبب الذي نزلت من أجله ، **ثانياً** : بيان معنى الآية وتحليل تركيبها .

أولاً : بيان سبب نزول الآية : روى البخاري والدارقطني وغيرهما عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري وعديّ بن أبي بداء ، فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم فأوصى اليهما ، فلما قدما بتركته حبساً جاماً من فضة مخوّصا بالذهب ، فأحلفهما

---

(١) انظر الهداية : ٣/٩١ والجامع لأحكام القرآن : ٦/٣٥٠ .

(٢) المائدة : ١٠٦

رسول الله ﷺ ثم وجد الجام بمكة ، فقالوا ابتعناه من تميم وعدي ، فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا لشهادتنا أحق من شهادتهما ، وأن الجام لصاحبهم ، قال وفيهم نزلت هذه الآية (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت . . .)[1].

فهذه الحادثة التي نزلت الآية بسببها وايضاحاً لحكمها ، تكشف عن جانب كبير من وجه دلالة الآية على المطلوب . ذلك أن الرسول ﷺ قد قضى بشهادة كل من تميم الداري وعديّ بن أبي بداء ، وقد كانا نصرانيين ، بعد أن أحلفهما ، ونزلت الآية تقريراً لعمل الرسول ﷺ في ذلك .

ثانياً – بيان معنى الآية وتحليل تركيبها ، ونقول في ايضاح ذلك : إنّ كلمة « شهادة » مبتدأ وخبره قوله تعالى : (اثنان ذوا عدل . .). ويجوز أن تكون « اثنان » فاعلاً لشهادة ، ويكون خبر المبتدأ محذوفاً ، وتقدير الآية على ذلك : وفيما أنزل عليكم أن يشهد اثنان . . والوجه الاول أقرب وأبعد عن تكلف الحذف والتقدير .

واضافة « شهادة » إلى بينكم ينبغي أن تكون على تقدير : شهادة ما بينكم فحذفت ما واضيفت الشهادة إلى الظرف .

وأفضل من ذلك أن تعتبر « بين » مصدراً لبان بين ، أي فارق من كان مجتمعاً معه وانفصل عما كان متصلاً به ، والمعنى : شهادة اختلافكم وتنازعكم ، فلا حذف على هذا ولا تقدير ، قال أبو بكر بن العربي :

---

(١) -انظر فتح الباري : ٥/٢٦٧ ، ولفظ الحديث للبخاري إلا جملة (فأوصى اليها) فانها من رواية الدارقطني ورواية ابن جريج عن عكرمة .

وهذا غاية البيان ، ولو هُدِيَ له من تكلم على الآية ما تخبّط فيها ولا خلط معانيها (١) .

ويصبح معنى الآية إذاً من أولها إلى آخرها : إن حكم الله في الشهادة على الموصي إذا حضر الموت أن تكون شهادة عدلين ، فإن كان في سفر (وهو المقصود بالضرب في الارض) ولم يكن معه أحد من المؤمنين ، فليُشهد شاهدين ممن حضره من أهل الكفر ، فإذا قدما وأديا الشهادة على وصيته حلفا بعد الصلاة (أي بعد العصر) أنهما ما كذبا وما بدّلا وأن ما شهدا به حق ، وحكم بشهادتهما ، فإن عثر بعد ذلك على أنهما كذبا أو خانا ، ونحو ذلك مما هو أثم ، حلف رجلان من أولياء الموصي في السفر ، وغرم الشاهدان ما ظهر عليهما (٢) .

فهذا هو معنى الآية عند أرباب هذا المذهب ، ويقويه عندهم السبب الذي من أجله نزلت الآية . ودلالة الآية بألفاظها مع ملاحظة سبب نزولها ، دليل واضح على صحة شهادة الكافر في هذه الحالة المخصوصة التي وصفتها الآية .

ثانياً ـ قضاء أبي موسى الأشعري بذلك في عصر التابعين ، فقد روى أبو داود في سننه عن الشعبي أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة ببلدة اسمها « دقوقاء » بين بغداد واربيل ولم يجد أحداً من المسلمين يُشهده على وصيته ، فأشهد رجلين من أهل الكتاب ، فقدما الكوفة ، وأتيا أبا موسى الأشعري فأخبراه وقدما بتركته ووصيته . فقال الأشعري هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ ، فأحلفهما

(١) انظر أحكام القرآن لأبي بكر بن العربي : ٢/٧١٣ .
(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : ٦/٣٤٩ .

بعد العصر ما خانا ولا كذبا ولا بدّلا ولا كتما ولا غيّرا ، وإنها لوصية الرجل وتركته فأمضى شهادتهما .

ثالثاً ـ إن هذا موضع ضرورة ، لأنه في سفر وهو مضطر فيه إلى الوصية لأمر دينه ودنياه ، ولا يجد من يشهد من المسلمين ، والضرورات أحكام خاصة بها وهو شيء معروف من طبيعة أحكام الشريعة الاسلامية ، حتى كان من جراء ذلك اجماع العلماء والأئمة على الأخذ بقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات)[1] .

فهذه هي جملة ما اعتمده القائلون بصحة شهادة غير المسلمين في هذه الحالة أما القائلون بالمنع فقد استدلوا بما يلي :

أولاً ـ قوله تعالى : (ممن ترضون من الشهداء) وقوله (واشهدوا ذوي عدل منكم) وكلا الآيتين دليل على اشتراط توفر الاسلام في الشاهد ، لأنا لا نرتضي حال الكافر فخرج بالآية الاولى ، ولأن الكافر ليس عدلاً ولا هو معتبر رجلاً منا ، فخرج بالآية الثانية[2] .

ثانياً ـ قوله تعالى (لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء ، بعضهم أولياء بعض) المائدة ٥١ ـ فقد نفى الله تعالى ولاية أهل الكتاب على المسلمين ، وحصر ولايتهم فيما بينهم ، والشهادة في القضاء نوع من الولاية تسري إلى المشهود عليه عن طريق القضاء .

ثالثاً ـ أنّ من لا تقبل شهادته في غير الوصية ، كالفاسق ، ينبغي أن لا تقبل شهادته فيها أيضاً إذ لا فرق بينها يستوجب تفريق الحكم ،

(١) انظر الطرق الحكمية لابن القيم : ١٧٢ ط : المنيرية .
(٢) الأم للشافعي : ٢٤٦/٦ وانظر التحفة على المنهاج لابن حجر : ٢١٢/١٠ .

وإذا كان الفاسق مردود الشهادة فإن شهادة الكافر مردودة من باب أولى [1] .

ويقول الإمام الشافعي رضي الله عنه في تقرير هـذا الدليل : (.. وقلت له : أرأيت الكذاب من المسلمين أتجيز شهادته عليهم ؟ قال لا ، ولا أجيز عليهم من المسلمين إلا شهادة العدول التي تجوز على المسلمين ، فقلت له ، فقد أخبرنا الله تبارك وتعالى أنهم بدلوا كتاب الله وكتبوا الكتب بأيديهم وقالوا هذا من عند الله ليشتروا به ثمناً قليلاً فويل لهم مما كتبت أيديهم وويل لهم مما يكسبون . فالكذاب من المسلمين على الآدميين أخف في الكذب ذنباً من العاقد الكذبَ على الله تعالى بلا شبهة تأويل ، وأدنى المسلمين خير من المشركين ، فكيف ترد عنهم شهادة من هو خير منهم بكذب، وتقبلهم وهم شرٌ بكذب أعظم منه ؟ [2] .

ه ـ مناقشة الأدلة :

آ ـ يناقش القائلون ببطلان شهادة الكافر ، أدلة المخالفين لهم على الوجه التالي :

(أولاً) ـ يقولون : نمنع أن تكون الآية التي استدللتم بها دالة على دعواكم . ثم يختلفون في السبيل إلى إبطال دلالتها إلى ثلاثة آراء :

فأما أحدها فيرى الذهاب الى أنّ قوله تعالى « أو آخران من غيركم » في الآية ، منسوخ بآية المداينة التي نزلت في سورة البقرة وهي قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » وبقوله تعالى « واشهدوا

---

(١) انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : ٣٥١/٦ .
(٢) الأم : ٣٩/٧ و ٤٠ .

ذوَي عدل منكم » ومن قال بذلك زيد بن أسلم وابراهيم النخعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة [1].

قالوا : وسبب الترخيص الذي نزلت به آية المائدة التي تستدلون بها أنه لم يكن الاسلام إذ ذاك إلا في المدينة ، فجازت لذلك شهادة أهل الكتاب ولكنه اليوم قد عم الارض كلها فسقطت شهادة الكفار [2] .

وأما الرأي الثاني ، فيذهب إلى أن الآية محكمة وليست بمنسوخة ، ولكن معنى قوله تعالى « أو آخران غيركم » أي من غير القرابة والعشيرة ، فالآية على هذا بمعزل عن الدلالة على مافهمه منها المخالفون ، وممن ذهب إلى هذا الرأي الزهري وحسن وعكرمة [3] .

وأما الرأي الثالث ، فيذهب إلى أن الشهادة المراد بها في قوله تعالى (شهادة بينكم) ليست بمعنى الشهادة التي تكون في الدعاوي والخصومات ، ولكنها هنا بمعنى اليمين ، فيكون معنى الآية : يمين ما بينكم أن يحلف اثنان . واستدل أرباب هذا الرأي على رأيهم هذا بأنه لا يعلم لله حكم يجب فيه على الشاهد يمين ، وإذ قد أوجب الله هنا على الشاهدين اليمين فقد دل ذلك على أن المعني بالشهادة إنما هو اليمين ، وقد وردت الشهادة في القرآن بمعنى اليمين في غير هذه الآية مثل قوله تعالى : (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) .

---

(١) انظر القرطبي : ٦/٣٥٠ والطرق الحكمية : ١٧٤ وأحكام القرآن للجصاص ٢/٥٩٨ .

(٢) القرطبي : ٦/٣٥٠ .

(٣) المرجع السابق : ٣٥٠ و ٣٥١ .

ثانياً – حديث أبي موسى الاشعري وقضاؤه كما تقولون ، غاية ما فيه أنه اجتهاد منه ومذهب له ، ولا يعتبر ذلك منه حجة علينا ، خصوصاً فيما خالف القواعد والقياس .

ثالثاً – لا نسلم أن ثمة ضرورة تستدعي صحة القضاء بشهادة الكافر على المسلم ، إذ إن ما وصفتم من الضرورة إنما كان في صدر الاسلام ، حيث لم يكن إسلام إلا في المدينة ، أما بعد ذلك فقد عمّ الاسلام الارض كلها ، فلا تبقى ضرورة والحالة هذه .

ب – ويناقش القائلون بصحة شهادة الكافر ، أدلة المخالفين لهم ، على النحو التالي :

أولاً – لا تنافي بين آية المائدة التي هي الاصل في هذا الحكم ، والآيات التي استدللتم بها من سورة البقرة ، وغيرها . لأن ما استدللتم به إنما هو وارد في بيان الاصل أي في الحالة العادية العامة التي يتوفر فيها مسلمون يصلحون للشهادة ، ولا ريب أن الحكم في تلك الحالة عدم صحة شهادة غير المسلمين ، أما آية المائدة فهي بيان لحالة خاصة قد تداهم من اضطر إلى استشهاد من حوله على وصيته وليس من حوله مسلمون ، وإذاً فاستدلالكم بتلك الآيات العامة لا ينطوي على أي مطعن للأدلة التي سقناها على المطلوب .

ثانياً – قوله تعالى (لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء ..) حكم عام ، والآية التي تضمنت صحة شهادة الكافر على الوصية في السفر تدل على حكم جزئي خاص ، فليس بينهما أي تعارض أو تخالف ، وإنما الذي ينبغي أن يفهم من كلا الآيتين أنه لا يجوز موالاة الكافرين إلا أن تكون شهادة منهم على وصية المسلم في سفر لا يوجد فيه مسلم .

ثالثاً – وكذلك يقال عن الدليل الثالث وهو أن بطلان شهادة الفاسق يستلزم بطلان شهادة الكافر من باب أولى ، أي فاستلزامه لذلك إنما هو بالنظر للحالات العامة التي وردت بهسا الأحكام الاصلية التي لا خلاف فيها ، أما بخصوص الحالة التي ورد بها التنزيل على أثر الحادثة المذكورة ، فلا مجال للقياس على النحو الذي تقولون .

على أن أبا حنيفة يقول بصحة شهادة الكفار بعضهم علي بعض ، والامام مالك يقول بصحة شهادة طبيبين كافرين حيث لا يوجد طبيب مسلم . . فكما صح لهما أن يقولا بذلك رغم أن الكافر أشد سوءاً من الفاسق ، فينبغي أن يصح القول بشهادة الكافر تمسكاً بالحديث والآية الواردتين في ذلك [1] .

رابعاً – وأما دعوى النسخ في الآية التي تمسكنا بها ، فلا بد من حجة صحيحة تثبت ما ذكرتم ، وهذه الحجة لا بد أن تكون أحد شيئين : إما خبر صحيح عن الرسول أوضح النسخ فيها ، أو تعارضٌ بينها وبين آية متأخرة عنها لا يمكن الجمع بينها بحال ، وليس ثمة خبر ولا تعارض .. على أن سورة المائدة من آخر القرآن نزولاً ، حتى قال ابن عباس والحسن وغيرهما إنه لا منسوخ فيها وقد روى أحمد عن جبير ابن نفيل قال دخلت على عائشة فقالت : هل تقرأ سورة المائدة ؟ قلت نعم ، قالت فانها آخر سورة أنزلت فما وجدتم فيها من حلال فأحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه ، وكيف تكون هذه الآية منسوخة ثم يتمسك بها ثلاثة من كبار الصحابة وهم عبد الله بن عباس ، وأبو موسى الاشعري ، وعبد الله بن قيس ؟ [2] .

(١) انظر الطرق الحكمية : ص ١٧٧ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن : ٣٥٠/٦ ونيل الاوطار : ٢٩٦/٨ .

خامساً — وأما تفسيركم لقوله تعالى « من غيركم » بغير عشيرتكم ، فتفسير بعيد لا يستقيم له دليل .

فإن الآية ليست خطاباً في أولها لقبيلة دون قبيلة ، بل هي خطاب عام لجميع المؤمنين فلا يكون غير المؤمنين إلا كفاراً[1] .

وأيضاً فلو صح ما تقولون في تفسير الآية لما وجب اليمين عليها ، لأن الشهود من المسلمين لا قسامة عليهم[2] .

سادساً — وأما تأويلكم الشهادة في الآية باليمين ، فلا يستقيم له وجه ، إذ اليمين لا يشترط فيها عدد ولا عدالة وإنما هما من خصائص الشهادة ، ولأن قوله تعالى « ولا نكتم شهادة الله إنا إذاً لمن الآثمين » تصريح بأن المقصود الشهادة لا اليمين وإلا فما معنى قولهما : لا نكتم شهادة الله وأي ضرورة تحمل الحالف على قول هذا الكلام ؟ .

فإن قلتم : لم يعهد من الشارع أن يلزم الشاهد باليمين مع الشهادة ، وإذ قد ألزمها به هنا ، وذلك بصريح قوله « فيقسمان بالله » فقد تبين أن المقصود بالشهادة إنما هو اليمين — فالجواب أن تحليف الشاهد مخصوص بهذه الصورة ، بسبب قيام الريبة والشك ، وتعويضاً عما فات من الشروط الأساسية للشهادة الصحيحة[3] .

سابعاً — ليس محل الاستشهاد بحديث أبي موسى الأشعري اجتهاده في هذا الأمر ، وإنما محل الاستشهاد فهمه للآية على النحو الذي ذهبنا اليه ، واعتماده على الحديث الوارد في ذلك والذي كان سبباً لنزول الآية

---

(١) الطرق الحكمية : ص ١٧٥ .
(٢) المغني لابن قدامة : ١٠/٢٥٠ .
(٣) نيل الأوطار : ٨/٢٩٦ والطرق الحكمية : ١٧٥ .

كما أوضحنا ، فعمل أبي موسى ليس اجتهاداً مجرداً ولكنه تطبيق لحكم رجع في دليله إلى السنة ، ودليل ذلك قوله « هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ » .

ثامناً — لا نسلم أن الضرورة التي استدعت شهادة الكفار في بعض الأحيان قد ذهبت إلى غير رجعة بل هي مما يمكن أن يتكرر في أي عصر ، ولا أدل على ذلك من واقع عصرنا اليوم ، فالضرورة فيه لا تقل عنها في صدر الاسلام .

٦ — (الترجيح) :

لعلّ أهم ما يرتكز عليه الخلاف في هذه المسألة ، طريقة فهم الآيات النازلة بهذا الخصوص. فمن ذهب إلى أنها محكمة غير منسوخة ، وأن المقصود بالشهادة فيها معناها الحقيقي المعروف ، وأن (منكم) إنما يقصد بها المسلمون — كان لا بدّ له من أن يقول بصحة القضاء بشهادة غير المسلمين في بعض الحالات الخاصة ، إذ الآيات صريحة في ذلك على هذا الاساس .

ومن ذهب إلى أن الآيات منسوخة ، أو إلى أن المقصود بالشهادة اليمين ، أو ان المقصود بـ (منكم) من عشيرتكم — خالف في ذلك وتمسك بالأصل والقاعدة من اشتراط الإسلام والعدالة في الشاهد . فأي التفسيرين للآيات أقرب وأوجه ؟ .

أما النسخ فقد أجمعت كلمة الاصوليين على أنه لا يصار إلى القول به إلا إذا تعيّن ذلك بتعيّن دليله ووضوحه ، إذ الأصل في خطاب الله تعالى وكلامه أنه باق في حكمه مستمر في مضمونه لم ينسخ ولم يتبدل ، ولا بد من التشدد في التمسك بهذا الأصل وعدم التحول عنه ما لم يأت الدليل القاطع له والمحول عنه ، وقد بحثنا فلم نجد أثراً لهذا

الدليل القاطع هنا فكان القول بالنسخ مع ذلك قولاً بعيداً منافياً لما عليه عامة الأصوليين .

وأما معنى الشهادة في الآية ، فقد ذهب الشافعي وكثير من الأصوليين إلى أن الأصل في الكلام الحقيقة وأنه لا يصار إلى المجاز إلا بعد تعذر الحقيقة ، والمعنى الحقيقي للشهادة هو أن يشهد الرجل لآخر أو عليه بما رآه وعلمه أمام القضاء ، وتفسير الكلمة بهذا المعنى ليس متعذراً في هذه الآية حتى نتحول منه إلى المعاني المجازية الأخرى ، وإذاً فتفسيرها باليمين ونحوه إخراج للكلمة عن معناها الحقيقي بدون مسوغ ومن غير ضرورة.

وأما « منكم » فالذي يمنع تفسيرها بالعشيرة أو القرابة ، أن أصل الآية من أولهـــا خطاب لجميع المسلمين إذ هي مبدوأة بقوله تعـالى : (يا أيها الذين آمنوا) ، فالضمير في منكم كناية عن جميع الذين اتجه اليهم الخطـاب ، وهم المؤمنون على اختلاف عشائرهم وأقوامهم ، فكيف يستقيم مع ذلك أن يكون الضمير خاصاً بالعشيرة والقوم ؟ .

وإذا تبين لك هذا ، فإن الباحث قد يتجه إلى ترجيح القول بصحة شهادة الكافر فيما نصت الآية فيه وهي الوصية التي تكون في السفر ، إذ أن أدلة القول بذلك أبين وأوضح وأقرب إلى القوة من الأدلة التي تمسك بها الآخرون .

٧ ـــ (هل يقاس على الوصية في السفر غيرُها) :

ذهب جمهور القائلين بصحة شهادة غير المسلمين في وصية السفر ، إلى أن هذا الحكم مستثنى من عموم القاعدة الشرعية المعمول بهـــا في باب الشهادة ، فينبغي أن لا يتجاوز بها حدود النص ودائرته ، وعلى هـذا

فلا تجوز شهادة غير المسلمين في أي قضية وخصومة أخرى غير الوصية في السفر [1] .

وخالف في ذلك من الحنابلة ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، فقاسا عليها كل ضرورة تشبهها قال ابن القيم في الطرق الحكمية : (قال شيخنا رحمه الله : وقول الإمام أحمد في قبول شهادتهم في هذا الموضع: هو ضرورة يقتضي هذا التعليل قبولها في كل ضرورة حضراً وسفراً وعلى هذا لو قيل يحلفون في شهادة بعضهم على بعض كما يحلفون في شهاداتهم على المسلمين في وصية السفر لكان متوجهاً ولو قيل تقبل شهادتهم مع أيمانهم في كل شيء عدم فيه المسلمون لكان له وجه ويكون بدلاً مطلقاً)[2] .

أقول : وما دامت الضرورة هي التي سوغت صحة شهادة غير المسلم في وصية السفر التي نزل بها النص القرآني ، فلا يبعد قياس الحالات الأخرى عليها بجامع الضرورة في كل ، إذ مما لا شك فيه أن خصوصية (الوصية) و (السفر) لا مدخل لهما في تسويغ شهادة الكافر ، فهما خارجان عن مناط الحكم ، وتبقى الضرورة وحدها هي المؤثر .

أما شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض ، فقد قال بصحتها الحنفية وآخرون . . .

وهي مسألة أخرى ، غير التي عقدنا البحث من أجلها ، والله تعالى أعلم .

* * *

---

(١) المغني لابن قدامة : ١٠/٢٠١ .
(٢) الطرق الحكمية : ١٧٩ .

ثانياً ـــ القضاء بالقرائن

١ ـ (مقدمة وتحرير لمحل النزاع) :

القرينة من المقارنة أي المصاحبة ، ويقصد بهـــا كل أمر يشير إلى المطلوب على سبيل الترجيح لا اليقين[١] .

وربما تكوّن اليقين من اجتماع عدة قرائن ، كرؤية انسان مقتول يتخبط بدمائه ، وقد قام عليه رجل يمسك بسكين تقطر دماً ، فمظهر الرجل وهيئته قرينة على أنه هو القاتل .

والبيّنة في اصطلاح الشريعة الاسلامية ، شهادة وافيـة الشروط ، أو اقرار ، وهي تقابل اليمين .

والأصل أن الخصومات التي تقوم بين الأطراف لا تفصل إلاّ بالبينة واليمين ، عمـلاً بقول رسول الله ﷺ « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » وقد عين رسول الله ﷺ معنى البينه في قوله « شاهداك أو يمينه . ليس لك إلا ذلك »[٢] .

ولكن ما هو موقع القرائن من الخصومات والقضاء فيها ؟ . . وهل لها أثر في الحكم بحيث تقوم مقام البينات ويستغنى بها عنها ؟ . . .

ولكي نجيب على هذا السؤال اجابة واضحة يتحرر بهـا محل النزاع والبحث ، نقول :

إن القرائن لها أثر لا ينكر لدى أحـد من الأئمة ، في الاستئناس والترجيح ، وفائدة الترجيح والاستئناس تعيين جانب أقوى المتداعيين في

---

(١) التعريفات للجرجاني بتصرف .

(٢) البخاري ومسلم .

الخصومة ، فيتبين بذلك أيها المدعي وأيها المدعى عليه ، ذلك أن المدعي (فيما ذهب اليه جمهور الفقهاء) هو من يخالف قوله الظاهر .

والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر [1] وإنما تعرف المخالفة والموافقة للظاهر بواسطة القرائن المختلفة .

فإذا قامت قرائن الاحوال ، وأوضحت ظهور قول أحدهما وخفاء قول الآخر ، طولب صاحب القول الخفي بالبينـــه وسمي (مدعياً) وطولب صاحب القول الظاهر باليمين وسمي (مدعى عليه) .

ومن أدلة الكتاب والسنّة على تأثير القرائن في القضاء ، بهذا القدر الذي أوضحناه ، ما أوضحه كتاب الله تعالى في حكم قذف الرجل زوجته ، فقد كان الأصل يقضي بأن يطالب الزوج بالبينة ، لأنه يدعي دعوى مخالفة للظاهر ، ولكن لـــما قامت القرينة المرجحة لصدقه وهي كونه زوجاً يحرص في الغالب على نفي الفاحشة عن زوجته ، لتعيّره بين الناس بظهور زناهـا ــ اكتفى الشارع منه بالأيمان المغلظة والدعـاء على نفسه باللعن . . . ومن ذلك ما أوضحته السنة من أن مدعي القتل على أحد أو جماعة من النـــاس ، إذا صاحبت دعواه قرينة « لوث » كدماء وكظهور سكين في يـد المتهم وهو بقرب المقتول لا يطالب بالبينه التي هي الأصل ، ولكنه يطالب باليمين ، إلاّ أنها تكون عليه خمسين يميناً لخطورة التهمة وجسامة عقوبتها .

وبناء على ما ظهر في الكتاب والسنة من أثر القرائن في توجيه الحكم وتعيين جانبي المدعي والمدعى عليه قال الفقهاء :

---

(١) انظر النهـــاية على المنهاج للرملي : ٨/٣٢٠ والمغني لابن قدامة : ١٠/٣٣٤ وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/٢٨ ، وخالفت الحنفية فاعتمدت أنّ « المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة » الهداية: ٣/١١٣ .

إذا تداعى بزاز ودباغ جلدا ، كان الدباغ مدعى عليه ، أو قاض وجندي سلاحاً ، كان الجندي مدعى عليه ، وإذا تداعى الزوجان ثوباً مما يختص بالنساء كانت الزوجة مدعى عليها [1] .

فهذا القدر من أثر القرائن في القضاء ، لا خلاف فيه بين جمهور الأئمة وليس محل نزاع في مسألتنا ، ولكن هل للقرائن من أثر في الحكم بحيث تقوم مقام البينات واليمين ويستغنى بها عنها ؟

هذا هو محل النظر والبحث ، فلنستعرض أقوال الأئمة في ذلك .

٢ ـ (أقوال الأئمة في ذلك وأدلتهم) :

ينبغي أن نفرق بين القرائن التي تورث القاضي علماً بالحقيقة والتي لا تورث القاضي علماً بها وإنما تقف به عند حدود الظن .

فأما القرائن التي تورث العلم لدى القاضي ، فإن الخلاف فيها يتبع الخلاف في حكم القضاء بعلمه ، ذهب الإمام مالك والإمام أحمد في أحد قوليه وشريح والشعبي إلى أن القاضي ليس له أن يحكم بعلمه وإنما يحكم بموجب البينة الشرعية أو اليمين أو الاقرار ، وذهب الإمام الشافعي في الصحيح الذي اعتمده الأصحاب وأبو حنيفة أن للقاضي أن يحكم بعلمه فيما لم يكن من حقوق الله عز وجل فأما حقوق الله تعالى فلا يقضي فيها إلا بالبينة الشرعية الواضحة [2] .

دليل المانعين ما يلي :

١ ـ قول النبي ﷺ في الصحيح : (إنما أنا بشر وانكم تختصمون إليّ ولعلّ

---

(١) انظر الفروق للقرافي : ٤/٧٥ وخالف الشافعية ، فقالوا إن صاحب اليد هو المدعى عليه ولا عبرة بالقرائن الأخرى . : المهذب ٢/٣١٧ والام : ٦/٣٢٧ .

(٢) انظر المغني لابن قدامة : ١٠/١٤١ .

بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع ..) فدل على أنه إنما يقضي بما يسمع لا بما يعلم .

٢ ـ قول النبي ﷺ في قضية الخصومة التي قامت بين الحضرمي والكندي (شاهداك أو يمينه ليس لك منه إلا ذلك) رواه البخاري ومسلم.

٣ ـ ما روي أن عمر رضي الله عنه تداعى عنده رجلان فقال له أحدهما أنت شاهدي ، فقال إن شئتما شهدت ولم أحكم أو أحكم ولا أشهد .

٤ ـ إن تجويز القضاء بعلم القاضي وحده يفضي إلى اتهامه ، ويتخذ ذريعة إلى الحكم بما يشتهيه دون أن يكلفه ذلك شيئاً إلا أن يحيله إلى علمه [١] .

دليل المسوغين ما يلي :

١ ـ أن النبي ﷺ لما قالت له هند إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي ، قال لها : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف [٢] . فحكم لها من غير بينة ولا إقرار لعلمه بصدقها .

٢ ـ ماروا ابن عبد البر أن عروة ومجاهداً رويا أن رجلاً من بني مخزوم استعدى عمر بن الخطاب على أبي سفيان بن حرب أنه ظلمه حدا في موضع كذا وكذا .... ، وقال عمر : اني لأعلم الناس بذلك ... فأتي بأبي سفيان ، فأتاه به ، فقال له عمر يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من هنا فضعه هاهنا ، فقال : لا أفعل فقال : والله لتفعلن ، فقال لا أفعل فعلاه بالدرة وقال : خذه لا أم لك ، فضعه هاهنا فانك ماعلمت قديم الظلم .

---

(١) انظر نهاية المحتاج : ٨/٢٤٧ والمهذب: ٢/٣٠٣ والمغني لابن قدامة: ١٠/١٤٠
(٢) رواه ابن اسحق وابن جرير .

فأخذ أبو سفيان الحجر ووضعه حيث قال عمر ، ثم ان عمر استقبل القبلة فقال : اللهم لك الحمد حيث لم تمتني حتى غلبتُ أبا سفيان على رأيه وأذلته لي بالاسلام ، قال فاستقبل القبلة أبو سفيان وقال : اللهم لك الحمد اذ لم تمتني حتى جعلت في قلبي من الاسلام ماأذل به لعمر . فقد حكم عمر رضي الله عنه بناء على علمه .

٣ ـ قالوا : ولأن الحاكم يحكم بالشاهدين ، لانهما يستوجبان غلبة الظن ، فلأن يصحّ حكمه بما يستوجب لديه العلم اولى [١]

وأما القرائن التي لاتورث القاضي علماً ، بل توقفه عند حد الظنون قوية كانت أو ضعيفة فلا أعلم أحدا من الأئمة الاربعة قال بصحة القضاء بها ، وانما أعلم في ذلك شيئاً قاله ابن القيم رحمه الله وكلامه في ذلك غير محرر ولا واضح القصد والشروط ، وسأنقل لك نصوصه في هذا البحث ، ونحاول بعد ذلك فهم مراده منها ومناقشته فيها .

قال في أعلام الموقعين (ج ١ / ٩٠) مانصه :

(وقوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » البينة في كلام الله تعالى وكلام رسوله وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق ، فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء ، حيث خصوها بالشاهد مع اليمين ، ولا حجر في الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورسوله عليه فيقع بذلك الغلط في فهم النصوص وحملها على غير مراد المتكلم بها ..)

ثم قال (ولم يختص لفظ البينة بالشاهدين ، بل ولا استعمل في الكتاب فيهما البتة اذا عرف هذا فقول النبي ﷺ للمدعي « ألك بينة » وقول عمر « البينة على المدعي » وان كان هذا قد روي مرفوعاً ،

---

(١) انظر هذه الأدلة في المغني لابن قدامة : ١٠/ ١٤٠ ومغني المحتاج للشربيني : ٤/ ٣٩٨

المراد به : آلك ما يبين الحق من شهود ودلالة ، فان الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له ، ولا يرد حقاً قد ظهر بدليله أبدا فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها ، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لافائدة في تخصيصه به مع مساواة غيره في ظهور الحق او رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جحده ورفعه كترجيح شاهد الحال على مجرد اليد في صورة من على رأسه قلنسوة وبيده قلنسوة اخرى؛ وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره ولا عادة له بكشف رأسه ، فبينة الحال ودلالته هنا تفيد من ظهور صدق المدعي أضعاف مايفيده مجرد اليد عند كل أحد ، فالشارع لايهمل مثل هذه البينة والدلالة ويضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره ..) .

وقد قال نحوا من هذا الكلام في كتابة الطرق الحكمية (١) .

وانما قلنا إن كلامه في هذا غير محرر ، لأن من المحتمل أن يكون قصده باعتماد قرائن الاحوال أنها ترجح وتعيّن جانب أقوى المتداعيين في الخصومة ، فان كان قصده هذا فذلك شيء لا يخالفه فيه أحد ، كما مّر بيانه .

ومن المحتمل أن يكون قصده باعتماد القرائن تنزيلها منزلة البينات والقضاء اعتمادا عليها وحدها . ويجب التفريق عندئذ بين قرينة اورثت القاضي علماً وقرينة اخرى أورثته ظنا ورجحانا فأما التي اورثت العلم فقد ذكرنا الخلاف فيها بين الأئمة ، ولا مانع من اعتماد رأي القائلين بصحة القضاء بموجب علم القاضي ، واذا كان قصد ابن القيم ترجيح هذا الرأي فهو ترجيح مقبول ودليله في ذلك قوي ووجيه ، وأما ما أورث القاضي مجرد ظن ورجحان ، فبعيد جدا أن يقال بصحة اعتمادها وحدها في الحكم

(١) انظر الطرق الحكمية ١٠٨ وما بعدها .

والقضاء ، وابن القيم محجوج في هذا بأدلة كثيرة اذا كان هـــذا هو قصده .

وإذا كانت هـــذه الاحتمالات كلها في تفسير كلامه واردة ، فأقل مايوصف به كلامه أنه غير محرر .

٣ ـ النظر والترجيح :

أما الحديث عن القرائن من حيث انها ترجح وتعين جانب أقوى المتداعيين فقط ، فهو أمر متفق عليه بين الجمهور ولا حاجة الى البحث والنظر فيه ، ولنقصر حديثنا إذا عن القضاء بالعلم والقضاء بالقرائن المجردة .

أما القضاء بالعلم :

فلا بدّ أولاً من بيان الفرق بينه وبين القضاء بالاعتقاد ، فهذا الثاني غير جائز بالاتفاق والفرق بينهما أن العلم بالشيء لا يكون إلا بدليل وبرهان يستند اليه صاحب العلم ، أما الاعتقاد فأعم من ذلك ، إنه يشمل العلم لأن العلم يستلزمه ويشمل جزم القلب بشيء دون الاستناد إلى أي دليل خارجي عليه اللهم إلا الوجدان وسكون القلب .

وعلى هذا فان القضاء بالعلم ، إنما هو في حقيقته قضاء بدليل أو قرينة اطلع عليها القاضي فأورثته العلم ، وليس في حديث « إنما أنا بشر » الخ ... ما يناهض القضاء بهذا العلم لأن الرسول ﷺ إنما أوضح عذره في القضاء بالظاهر الذي يسمعه بسبب أنه لم يطلع على بينة أخرى لتكشف السجاف عن بطلان ما بدى له ظاهراً ، أي فلو أنه اطلع على بينة مخالفة أقوى من الدلائل الظاهرة لأخذ بها .

لا أدل على ذلك من تحذير المتخاصمين أن يأخذ أحدهما بظاهر ما يقضي له إذا كان يعلم أن الحقيقة على خلافه ، وكذلك حديث :

(شاهداك أو يمينه) لا دليل فيه يناهض ما ذكرنا ، لأنه ربما كان سبب حصر القضاء بالشاهد واليمين بسبب أنه عليه الصلاة والسلام لم يكن على بينة من الحقيقة اعتماداً على دليل آخر يورثه العلم .

إلا أنه يرد ما قاله المانعون من أن القضاة ربما اتخذوا هذا ذريعة إلى القضاء في الخصومات بأهوائهم ورغباتهم الشخصية ، ولكن يمكن أن يطالب القاضي ببيان مستند علمه ، وعندئذ تضيق هذه الذريعة وتقل مخاوفها ، على أن في قيام القضاء اليوم على درجات ما يطمئن إلى سلامة القضاء لو أتيح له أن يقوم على أساس إسلامي صحيح .

وأما القضاء بالقرائن المجردة : وهو ما يؤخذ من ظاهر كلام ابن القيم ونقله عن شيخه ابن تيمية رحمه الله — فليس ثمة ما يدعمه ويدل عليه ، ولا أعتقد أن ابن القيم يرمي من كلامه إلى صحة القضاء بالاستناد إلى القرائن مطلقاً أي سواء أورثت اليقين والعلم ، أو وقفت عند حدود الظن .

ذلك أن الفرق بين البينة الشرعية التي هي الشهادة بشروطها وسائر القرائن إنما يكمن في أن البينة لها قوة ذاتية تستدعي الحكم بموجبها سواء أورثت ظناً أو علماً ، لأنها المناط الذي شرعه الله تعالى في كتابه وسنة رسوله ، أما القرائن الاخرى فلما لم تكن مشروعة كذلك ، كان لا بد لصحة الاعتماد عليها من أن تنهض في دلالتها إلى مستوى القطع والعلم .

فاذا كانت القرائن مرجحات لا أكثر فهي لا تغني إلا في نطاق الترجيح والاستئناس كما أوضحنا ، ولا بد من الاعتماد بعد ذلك على البينات الشرعية ، فالاستفادة مثلاً من الكلاب البوليسية في محاولة الكشف عن الجرائم ، استفادة شرعية صحيحة في نطاق السير إلى البينة الشرعية الصحيحة لا أكثر . أي فهي شكل من أشكال ما يسميه الفقهاء باللوث .

وكذلك هرب من بيده قلنسوة وعلى رأسه أخرى ، والآخر من ورائه حاسر الرأس يلحق به . لا شك أن الشريعة تعتمد على هذه الظاهرة على أنها قرينة و « لوث » قوي يرجح اتهام الهارب بحيث يتضاءل معه أثر كونه صاحب يد . ولكنها لا تعتبر وحدها الدليل الفاصل والقاضي في الامر .

ولعل قصد ابن القيم بكلامه إنما هو هذا ... وهو عندئذ كلام سليم لا غبار عليه والله أعلم .

* * *

الخاتمة

وبعد فهذا ما تيسر لنا عرضه وبحثه من مسائل الفقه مع استعراض اجتهادات الأئمة فيها وعرض أدلتهم عليها وقرن هذه الأدلة بعضها والنظر فيها من حيث المناقشة والترجيح .

وأنت تعلم أننا لم نقصد الى استقصاء مسائل الفقه كلها على هذا النحو . ولو قصدنا إلى ذلك لضاقت بنا السبل ولرأينا أنفسنا بصدد استخراج موسوعة فقه لا تأليف كتاب في الفقه المقارن .

وإنما قصدنا كما أوضحنا في مقدمة هذا الكتاب ـ أن يطلع الطالب على كيفية اجتهاد الأئمة في الأحكام ، وأسباب الخلاف الذي قام بينهم في كثير منها ، وأن يقف على الجهد العظيم الذي كان يبذله كل منهم ، وعلى الآفاق العلمية الواسعة التي كانت عمدتهم وعدتهم في كل بحث ، سواء كانت علوماً بالكتاب والسنة أو أصول الاجتهاد ومنهجه ، . فيعلم بذلك الباحث أن محور اجتهاداتهم إنما كان كتاب الله وسنة رسوله ، لم يتحولوا عنها مهما اختلفوا في الفروع ، ولم يتفرقوا عنها مهما تباينت منهم الآراء والمذاهب .

وقصدنا أيضاً (من بعد ذلك) أن يتمرس الطالب بفهم منهج الاجتهاد في المسائل وكيفية استنباط الأحكام من أدلتها ، وكيفية السبيل إلى سبر هذه الأدلة والنظر فيها وفي حقيقة دلالاتها ، فإنه إذا تمرس بذلك ، وشمر

عن ساعد العمل والجد ، كان له وللمسلمين من ذلك خير كبير ، إذ بإمكانه حينئذ أن ينظر في هذه المسائل الجديدة التي لم يكن للأئمة السابقين علم بها ولا نظر فيها ، فيجتهد فيها كما اجتهدوا ويستخرج أحكام الله فيها كما استخرجوا ..

لذلك كله اكتفينا بذكر نماذج عرضناها في هذه المسائل التي بحثناها بحثاً علمياً مقارناً ليقاس عليها غيرها في اتباع المنهج والنظر والبحث .

وسنضيف اليها نماذج أخرى ، إذا يسر الله ووفق ، نختارها من أهم ما يحتاج اليه المسلمون لمعالجة مشاكلهم الطارئة ومصالحهم المتطورة .

وأسأل الله لي ولك أيها الأخ المؤمن والأخت المؤمنة رشاداً في القلب ، وفهماً سديداً في العقل ، واستقامة دائمة في السلوك ، راجياً منك الدعاء لي بتحقيق سعادة الدارين وأن لا يحرمنا الله من نعمة الاخلاص وحسن الختام .

المحتوى

دار الفكر